

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1929

THÈSE

N°

POUR

LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 8 Mars 1929, à 2 heures

PAR

MARCO R. COHIN

L'Abstention Fautive

Président: M. Georges RIPERT, Professeur.
Suffragants: { M. R. PIEDELIÈVRE, Professeur.
 { M. R. DEMOGUE, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

Société anonyme

22, Rue Soufflot

PARIS (V^e)

1929

L'ABSTENTION FAUTIVE

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1929

THÈSE

N°

POUR

LE DOCTORAT EN DROIT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 8 Mars 1929, à 2 heures

PAR

MARCO R. COHIN

L'Abstention Fautive

Président: M. Georges RIPERT, Professeur.
Suffragants: { M. R. PIEDELIÈVRE, Professeur.
 M. R. DEMOGUE, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

Société anonyme
22, Rue Soufflot
PARIS (V°)

1929

*La Faculté n'entend donner ni approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.*



ABRÉVIATIONS

- A. — Revue internationale de droit maritime.
Bull. Soc. leg. — Bulletin de la Société d'études législatives.
B. G. B. — Bürgerliches Gesetz Buch — code civil allemand.
D. P. — Dalloz périodique.
D. H. — Dalloz hebdomadaire.
Gaz. Pal. — Gazette du Palais.
G. Trib. — Gazette des Tribunaux.
Pas. belge — Pasiorisie belge.
Rev. crit. — Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. trim. — Revue trimestrielle de droit civil.

INTRODUCTION

Le problème de la responsabilité civile, sur lequel on a tant écrit, n'est pas encore résolu. Mais nous nous demandons : y a-t-il vraiment quelque chose qu'on n'ait pas dit encore ? Quelle pourrait être la contribution de notre modeste travail en cette matière si difficile puisqu'elle s'occupe des relations humaines si variées et si compliquées à la fois ?

Les grands maîtres ne se sont pas mis d'accord pour le dire d'une façon certaine.

On a essayé de faire intervenir une théorie qui parle de la confiance trompée, on a cherché la rectitude dans la conduite, on a fait appel enfin à l'idée d'une obligation préexistante : mais où est le critérium qui permet d'établir quand on est responsable d'une faute ? La responsabilité civile pourrait-elle dériver aussi bien d'un acte positif que d'une simple abstention ? En d'autres termes : si l'homme peut être en faute pour action, l'est-il également pour inaction ? En admettant l'affirmative, quelle est l'inaction pour laquelle un homme doit être rendu responsable ?

Dans quelle mesure les hommes sont-ils liés entre eux pour qu'on puisse leur demander, non seulement au point de vue moral, mais encore juridiquement, qu'ils s'intéressent les uns aux autres ?

Abstention ? Mais cela veut dire inertie, état de passivité,

renonciation, en un mot : inaction. Comment peut-on dire que le fait de ne rien faire constitue quand même un fait ? Autant de points d'interrogation qui appellent des solutions bien difficiles à donner.

Tout le premier, nous sommes convaincus de la difficulté du problème que nous posons. Il n'existe pas une étude générale sur la responsabilité pour abstention. On a envisagé le problème séparément, soit en droit civil, soit en droit pénal. Nous allons essayer de traiter la question d'une manière générale pour établir s'il y a responsabilité pour inaction dans le droit. Notre étude porte sur l'abstention coupable, telle qu'elle se présente dans la Doctrine et la Jurisprudence. Nous rechercherons de quelle manière a été envisagée l'abstention fautive dans d'autres pays. Nous n'avons pas la prétention de dire des choses nouvelles. Tout ce que nous désirons, c'est de présenter à nos lecteurs les cas où la responsabilité pour abstention peut être encourue. A d'autres il appartiendra de dire si vraiment nous avons réussi à mettre en lumière une des faces sous laquelle la faute peut se présenter.

PREMIERE PARTIE

L'abstention dans la sphère d'activité d'une personne

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITE POUR INACTION

SECTION I

1. L'obligation d'abstention dans la théorie de M. Planiol. — 2. La passivité dans le droit réel. — 3. De quoi sont tenus les hommes dans leurs relations ? — 4. Pourquoi la théorie de l'abstention n'a pas été acceptée en matière de droit réel, mais l'a été dans les relations en général ? — 5. Dans la vie courante, l'abstention des autres convient-elle toujours à l'individu ? — 6. Y a-t-il un moyen de punir la passivité fautive ? — 7. La méthode juridique et l'interprétation des textes. — 8. Entre la morale et le droit.

1. La théorie bien connue de M. Planiol sur la notion de la faute fait mention d'un manquement à une règle de droit (1). La faute est la violation d'une obligation préexis-

(1) Rev. critique 1905-1906 ; Planiol et Ripart, T. 2, 10^e éd., p. 293.

tante. Si on n'était tenu à rien, on ne pourrait pas être responsable en droit.

M. Planiol écrit : « On dit à tout moment qu'une personne est tenue de ses fautes en vertu de l'article 1382. Cela est vrai dans un certain sens, car c'est cet article qui oblige l'auteur de la faute à en réparer les conséquences ; mais ce texte n'a que la *valeur d'une sanction* : il est, pour les obligations légales, ce qu'est l'article 1142 pour les obligations conventionnelles ; il en garantit l'exécution, en réprimant toute contravention par la nécessité d'indemniser celui qui en souffre ; par lui-même, il ne contient aucune obligation particulière. Il nous dit que celui qui a causé à autrui un dommage *par sa faute* est obligé de le réparer ; mais il ne nous dit pas, et ne pouvait pas le dire, *quand* l'auteur du dommage sera en faute ; c'est au juge à l'apprécier ; or, il n'y a de faute concevable que s'il y avait antérieurement obligation d'agir ou de s'abstenir » (1).

M. Planiol assimile les deux fautes : contractuelle et délictuelle. Il lui est indifférent qu'on soit tenu par un contrat ou responsable en vertu d'un délit. L'obligation préexiste et, quand on a manqué à cette obligation, on est en faute.

En matière de contrat, une personne est tenue par ce à quoi elle s'est engagée. La chose est bien simple : son obligation est connue, parce qu'une personne doit savoir à quoi elle s'engage. Mais, pour les obligations légales, la difficulté apparaît tout de suite. Comment définir ce à quoi une personne peut être tenue, d'une façon générale ? « Il ne suffit — écrit M. Planiol — de dire qu'il est interdit de *nuire à*

(1) Planiol et Ripert, op. cit., loc. cit.

autrui ; il faut encore indiquer les formes sous lesquelles cette obligation se rencontre » (1).

Ce travail est bien difficile. Les obligations auxquelles une personne peut être tenue sont multiples et variées. Tout est une question de fait. Comment définir, à l'avance, la liste des obligations préexistantes ? L'éminent juriste découvre quatre objets aux obligations légales que sanctionne l'article 1382 :

a) S'abstenir de toute violence envers les choses ou les personnes ;

b) S'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte destiné à tromper autrui ;

c) S'abstenir de tout acte qui exige une certaine *force* ou une certaine habileté, que l'on ne possède pas au degré voulu ;

d) Exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont on a la garde.

Donc, d'après M. Planiol, la faute étant un manquement à une obligation préexistante, il en résulte qu'une personne ne peut pas être en faute, si elle n'était tenue à rien avant l'acte qu'on lui reproche. Peu importe l'intention de l'agent qui a commis la faute : il est tenu de réparer, dans le cas où il a causé un dommage avec ou sans intention.

Commentant la théorie ci-dessus, M. Capitant dit : « L'homme, d'après la théorie de M. Planiol, est tenu envers ses semblables par une obligation d'abstention en vertu de laquelle il ne doit causer aucun préjudice à autrui » (2).

(1) *Op. cit.*, loc. cit.

(2) « Cours de droit » 1926-27, p. 186.

2. Nous savons que M. Planiol a contesté le caractère absolu du droit réel. Il n'admet pas que le droit réel puisse s'exercer sans que le titulaire de ce droit ait besoin du concours d'un tiers quelconque qui accorde son abstention. Même le droit le plus absolu — le droit de propriété — est considéré par le grand civiliste, non comme une prérogative absolue du propriétaire à l'égard d'un objet donné, mais comme quelque chose de relatif, tel que le droit de créance. Le propriétaire d'un immeuble ne pourrait pas exercer son droit de propriété, sans la validation des autres personnes qui sont obligées par la loi de le reconnaître. D'après cette théorie, entre le droit réel et le droit de créance, il n'y a que cette différence : le premier impose à tout le monde la reconnaissance et l'autre a un objectif déterminé ; le débiteur est connu d'avance. Il y a donc dans le droit réel (celui de propriété, par exemple) l'obligation pour toutes les personnes de le respecter. Quelle est cette obligation à laquelle elles sont tenues ? C'est l'obligation de s'abstenir. Tout ce qu'on leur demande, c'est de laisser au titulaire d'un droit la possibilité de l'exercer. Il faut qu'elles laissent le propriétaire agir comme bon lui semble. Le rôle des autres, c'est un rôle passif. Ils sont comme des débiteurs : leur dette est l'abstention. Le titulaire du droit réel est le créancier de cette obligation. Il suffit d'intervenir d'une façon quelconque à l'encontre de ce droit, pour que l'obligation puisse être considérée comme violée.

Tenus de ne rien faire, leur obligation a un caractère négatif.

3. En ce qui concerne les obligations découlant de l'article 1382, M. Planiol est conséquent avec son système. Tout ce que l'individu demande aux autres, c'est qu'ils s'abstien-

ment. Prenons le tableau dans lequel M. Planiol classe les objets des obligations légales, dont une personne peut être tenue. Le mot abstention revient trois fois parmi ces obligations, qui sont au total au nombre de quatre.

L'individu, pour cet auteur, est le type isolé qui demande toujours une seule chose aux autres : ne rien faire pour lui, mais le laisser exister sans aucune intervention de leur part. Tout délit provient — d'après M. Planiol — d'une immixtion des autres dans le cercle où s'enferme l'individu.

Ne nous dit-il pas que toute obligation légale est, généralement, une obligation de ne pas faire ?

Du moment que la loi impose aux individus une obligation négative, tout se réduit à une seule attitude de leur part : s'abstenir. Dans le cas du droit de propriété, comme dans tout droit qui est à la base des relations humaines en général, la loi impose à tous une seule obligation : ne rien faire. Du moment qu'il n'y a aucun engagement antérieur, la personne n'est tenue à rien. Sauf dans des cas exceptionnels, spécifiés dans les textes de loi, une seule chose est légalement recommandée : l'obligation passive universelle. Pour M. Planiol, « il n'y a de faute concevable que s'il y avait antérieurement obligation d'agir ». Or, antérieurement les hommes n'ont aucune obligation autre que celle de ne rien faire.

Si nous insistons sur cette conception de M. Planiol, c'est parce que cet auteur nous dit que l'article 1382 n'est la source d'aucune obligation. Il constate une situation pour obliger à réparation. Comme nous l'avons montré, M. Planiol attribue à l'article 1382 la valeur d'une sanction.

Dans le système classique, le délit fait naître une obligation. Dans la théorie de M. Planiol, l'obligation existe avant le délit. Le droit ne fait que reproduire un état de choses pour

les sanctionner. Mais avant même que la loi intervienne, l'obligation existait déjà. L'article ci-dessus n'est que le cadre dans lequel se place une obligation existant d'avance. Voilà la théorie de M. Planiol.

Ceux qui l'ont combattue n'ont pas attaqué le fond même de sa conception. Ils se sont arrêtés surtout à la difficulté pratique que soulève la théorie ci-dessus : celle d'établir d'avance la liste des obligations préexistantes. Or, c'est là une œuvre à laquelle la vie quotidienne collabore en multipliant les cas qui s'offrent à l'attention du juge. La jurisprudence accroît chaque jour le nombre des circonstances d'où peuvent naître pour l'individu les éléments d'une faute.

Le fond de la théorie de M. Planiol reste debout. Il faut reconnaître que sa doctrine — de l'obligation qui existe avant le délit — est vraie, puisqu'il est établi que la loi ne crée pas la vie ; mais qu'elle lui donne un caractère formel.

La théorie dont nous nous occupons nous conduit d'une façon naturelle à une construction logique : la faute est le manquement à une obligation préexistante ; cette obligation impose aux hommes l'abstention. Ces deux principes admis, nous en déduisons un autre qui en est la conséquence : on ne peut pas obliger une personne à agir, sans un texte spécial de loi, puisque légalement l'abstention est pour tout individu non seulement un droit, mais une obligation légale.

4. Pour assimiler le droit réel au droit de créance, M. Planiol s'est mal servi, croyons-nous, de la formule qui impose à toutes les personnes une obligation d'abstention.

Certes, la difficulté était très grande. Le droit réel donne au titulaire un pouvoir direct et immédiat sur sa chose. C'est un *droit absolu* ; c'est dans la nature même de l'homme de concevoir ainsi son droit réel : le droit porte directement

sur la chose, sans que son titulaire puisse admettre qu'un tiers intervienne de quelque façon que ce soit. Or, la théorie de M. Planiol fait de l'abstention générale l'acte de reconnaissance ou de validation vis-à-vis du titulaire du droit qui est en fonction de cette abstention.

Ainsi orientée, la théorie de M. Planiol est tombée, en outre, pour des raisons qui tiennent à la nature même de l'homme : celui-ci ne veut pas entre lui et son immeuble la tolérance des autres, manifestée par leur passivité. Mais dans la théorie qui parle d'une abstention générale, quand intervient la question de la responsabilité, la situation n'est plus la même. Il s'agit alors d'une obligation qui prend les relations des hommes telles qu'elles sont. Entre l'individu, d'une part, et les hommes, d'autre part, il ne s'agit plus de la nécessité d'un droit absolu sur la chose à laquelle la personne tient généralement d'une façon si grande. Dans cette obligation, il n'existe plus entre les hommes les choses du monde extérieur qui exigent d'une façon absolue le « *jus in re* ». La différence est très profonde. En leur imposant une obligation générale d'abstention, on le fait, d'après la théorie de M. Planiol, pour les défendre et les prévenir.

Il ne s'agit plus, comme dans le problème du droit réel, d'une abstention qui apparaît plutôt comme une tolérance de toutes les personnes vis-à-vis du titulaire du droit de propriété. Dans la question de la responsabilité délictuelle, l'abstention n'a plus ce caractère de diminuer l'importance d'un droit. Quand on oblige toutes les personnes à s'abstenir, cela veut dire qu'elles ont l'obligation de ne pas intervenir dans la sphère d'activité d'un individu. La loi garantit cette non-intervention. La sphère d'activité de l'homme étant délimitée, toutes les personnes sont tenues de la respecter. Voilà pourquoi nous sommes obligés de dire que tout autre se

présente le problème de l'abstention, et dans le droit réel, et en général, dans les autres droits de l'individu. L'abstention de toutes les personnes devient dans ce cas une nécessité, dans la conception de M. Planiol.

D'après cette théorie, il faut alors arriver à cette conclusion que chaque individu peut invoquer l'obligation négative imposée aux autres. Mais il faut ajouter que cette obligation apparaît en même temps comme un droit. C'est l'équivalent de l'obligation. Tenus de s'abstenir, les individus trouvent dans cette obligation la possibilité d'une attitude passive. Dans ce fait même qu'on doit s'abstenir est implicitement contenu cet équivalent qu'on ne doit rien faire. L'obligation d'un caractère négatif ne demande aucune dépense d'énergie. Voilà pourquoi les hommes acceptent plus facilement l'idée qu'ils sont tenus entre eux d'une obligation générale de passivité.

5. Or, le problème que nous posons dès le début est le suivant : est-il vrai que l'obligation générale d'abstention convienne toujours à l'individu ? En d'autres termes, la sphère d'activité d'une personne peut-elle vraiment se suffire à elle-même, de telle façon que l'homme puisse dire en vérité que l'abstention des autres ne constitue jamais une faute envers lui ? Comme nous l'avons démontré plus haut, en principe les hommes ne sont tenus entre eux d'aucune obligation spéciale de faire.

Dans le système spécial de M. Planiol, l'abstention est la conséquence d'un état naturel, correspondant à une obligation volontairement reconnue par tout le monde. Les autres juristes affirment la même chose, en partant d'un point de vue différent, à savoir que c'est la loi qui est la source de l'abstention.

Comme nous le montrerons bientôt, tous les jurisconsultes et la jurisprudence reconnaissent qu'il n'y a abstention fautive que s'il y a obligation spéciale d'agir. Sans cette obligation, pas d'abstention fautive.

Supposons l'individu se trouvant dans sa sphère d'activité. Les autres le laissent agir dans les limites de sa sphère, tenant leur obligation qui est celle de ne rien faire. Or, cet individu a besoin de vivre. Où en arrivera-t-on, si tout le monde veut exercer envers lui le droit de s'abstenir? N'étant tenu de rien, le boulanger pourra lui refuser le pain, le médecin les soins, le pharmacien les médicaments. S'il veut aller quelque part, une compagnie de chemins de fer refusera de le transporter. Enfin, du fait qu'il appartient à un syndicat qui lui est nécessaire, parce que c'est grâce à ce syndicat qu'il pourra imposer le respect de son travail, un patron le refusera dans son atelier ou sur son chantier, en invoquant qu'il n'est tenu de rien et que son abstention n'est pas fautive. A quoi servira l'indépendance de la sphère d'activité d'un individu, du moment que tout le monde lui répondra qu'on n'est tenu envers lui que d'une seule obligation : celle d'abstention ?

Il arrive fréquemment dans la vie qu'un individu a besoin d'un autre individu. Il ne peut pas se maintenir dans sa sphère d'activité, s'il n'obtient pas le concours requis. Reprenons l'exemple donné plus haut : un individu a besoin d'un médecin. Celui-ci n'est pas tenu légalement de l'assister. Il se trouve dans un endroit où il n'y a qu'un seul médecin. Est-ce à dire que celui qui exerce la profession de médecin peut invoquer son droit d'abstention, et cela, parce qu'aucune loi ne l'oblige à agir ?

La situation est la même pour celui qui a besoin de l'aubergiste, du pharmacien, du restaurateur ou du boulanger.

Qu'on ne nous dise pas que notre hypothèse est invraisemblable. Nous démontrerons que tous les cas de refus cités plus haut se sont produits ; que l'individu peut avoir à souffrir du fait que les autres s'abstiennent envers lui, et cela dans des cas assez graves.

Comment obliger ces individus qui ne sont tenus légalement de rien ? S'abstenir, dans la conception courante, est non seulement une obligation, mais encore un droit. Sous le prétexte qu'il faut sauvegarder la liberté individuelle du médecin, par exemple, faudra-t-il laisser mourir un homme sans soins ? Sous le prétexte que l'aubergiste est libre de recevoir qui bon lui semble, pourra-t-il refuser une chambre à un homme malade qui, à cause du froid, succombera peut-être ?

Nous nous demandons, dans ces circonstances, jusqu'où peut s'étendre, pour un individu, le droit inviolable et sacré de s'abstenir ?

6. Nous montrerons avant tout qu'une obligation légale d'ordre général n'est pas toujours, comme on l'a dit, d'un caractère négatif ; qu'il y a aussi des devoirs généraux de *faire*.

Là où l'abstention apparaîtra choquante, nous rechercherons la formule juridique, dont on pourrait se servir pour y mettre un terme.

Nous connaissons l'opinion des juristes : ils disent qu'on trouve dans les lois la formule indispensable pour faire régner l'idée de justice. « On a tant légiféré, surtout depuis soixante-dix ans — disait Valette — (1) qu'il serait bien

(1) Cours de Code Civil, T. I, Paris, 1872, p. 35.

étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives » Nous démontrerons qu'il y a des cas où on ne trouve pas un article de loi applicable et c'est pour cette raison qu'on tolère des injustices. Disons que, quelquefois, l'abstention, qui apparaît comme la conséquence d'un méchant calcul, trouvera une sanction dans un cas d'analogie. Comme le disait Th. Hue : « Les cas, dans lesquels la loi est véritablement insuffisante, sont extrêmement rares et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution. » (1). Nous verrons dans notre cas, comment on a trouvé cette formule. Nous le disons dès le début : si on analyse *l'esprit* du droit civil, tel qu'il se dégage des textes du code Napoléon, les cas que nous présentons — au moins la majeure partie — n'ont pas été prévus par le législateur ; il ne les a donc envisagés en aucune façon.

Quand nous nous occuperons des divers cas d'inactivité fautive, on verra que les premiers commentateurs du code civil n'admettent pas qu'il y ait dans ces cas obligation d'agir.

Les doctrines les plus récentes admettent que les conceptions juridiques sur les droits et les obligations des hommes évoluent en même temps que les mœurs, les habitudes et les nécessités sociales. Très souvent, l'attitude d'un doctrinaire en face d'un texte de loi n'est pas une simple question de méthode. Elle tient encore à l'attitude qui a été adoptée vis-à-vis de la vie juridique, en général. Quelle grande différence y a-t-il, par exemple, entre le commentaire des textes du code civil par les juristes anciens et celui des juristes contemporains !

(1) Commentaire théorique et pratique du code civil, T. I, 1892, p. 165.

Demolombe disait : « Ma devise, ma profession de foi est aussi : les textes avant tout ! Je publie un cours de code Napoléon ; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire » (1).

Or, dans le code Napoléon, nous dit-on, on ne trouve pas l'obligation d'agir pour un autre, sans un texte spécial. On verra plus loin que les auteurs anciens aussi bien que les plus modernes, sauf quelques exceptions, disent : l'abstention n'est fautive en droit que s'il y a obligation d'agir. Sur ce point la Doctrine n'a évolué dans l'interprétation des textes positifs que d'une manière assez restreinte.

7. Supposons qu'il y ait un cas où la liberté de s'abstenir d'un individu constitue un acte contraire à l'idée d'équité, la plus élémentaire. On verra plus loin que les occasions de faire cette constatation ne manquent pas.

La question est alors de savoir « si l'équité, issue de principes généraux préexistants et supérieurs à la loi, ne peut pas compléter celle-ci » (2). Supposons qu'on rencontre une abstention qui ne peut être motivée que par le désir de nuire, faut-il dire que la loi, n'admettant l'obligation d'agir que dans des cas absolument spéciaux, faut-il dire qu'en pareil cas l'interprète de la loi — c'est-à-dire le juge — doit faire abstraction de toute idée d'équité et admettre que l'auteur de l'abstention restait dans la limite de ses droits ? En d'autres termes, peut-on affirmer que l'abstention, qui apparaît au premier abord comme une obligation imposée à tout le monde constitue en même temps un droit acquis d'une façon abso-

(1) Cours de code Napoléon, préface, p. 6.

(2) Gény, Méthode d'interprétation, 1, 2^e éd., n° 19, p. 38.

lue ? Parlant de l'obligation d'agir, M. Demogue (1) dit que cette obligation « apparaîtra de plus en plus pour chacun à mesure qu'à l'idée individualiste de liberté se substituera celle d'un poste social tenu par chacun avec une certaine indépendance ».

Ce n'est pas d'ailleurs le seul auteur qui soutienne une théorie analogue. Quelques auteurs reconnaissent qu'il y a, dans certaines abstentions, quelque chose d'inique qui va contre le droit même. Ils constatent que le code civil, étant conçu d'une façon trop individualiste, « une pareille idée » (celle d'obliger une personne d'agir en faveur d'une autre, dans certains cas) « est plutôt étrangère au législateur de 1804 ; mais le droit civil doit suivre l'évolution des idées sur les points non réglés par les textes » (2).

Tout d'abord, d'où vient cette conception qu'une personne n'est tenue d'agir que dans les cas où un texte spécial le dit ? Quand nous nous occuperons de l'abstention fautive — telle qu'elle est conçue par les auteurs — nous verrons que les arguments donnés ne sont que théoriques et que l'idée de demander un texte spécial pour obliger quelqu'un à agir n'est qu'une conséquence d'une autre idée : celle que toute obligation de faire, dans des cas douteux, s'interprète d'une façon restrictive, et en tout cas favorable au débiteur. C'est une idée de principe que celle d'interpréter toujours d'une façon favorable au débiteur une obligation conventionnelle.

Le Droit — au moins dans son énonciation de principe — veut l'homme libre, indépendant. Et là où il le trouve obligé, il n'attribue à cette obligation que sa valeur minima. C'est une présomption qui tient de l'équité et qui a sa source dans

(1) « Obligations », T. 3, p. 440.

(2) Même auteur, endroit cité.

le principe individualiste. Mais le problème de l'abstention qui nous préoccupe n'a pas été prévu par la loi. Quand la loi précise la faute, elle demande, comme condition qui l'a provoquée, « tout fait de l'homme » Doit-on supposer définitivement que par le mot « fait », on entend seulement l'acte positif ? Nous démontrerons que l'affirmation, « on n'est tenu d'agir que s'il y a obligation spéciale », n'est qu'une conséquence de l'idée d'interpréter restrictivement les obligations de faire ; qu'il y a même des auteurs qui pensent que le législateur n'a même pas songé aux cas d'abstention qui peuvent se présenter dans la vie courante.

Il faut bien dire que quelquefois le juge, n'ayant pas un article spécial pour en déduire le caractère fautif d'une abstention, fait rentrer les obligations d'agir dans des cadres qui sont définis d'avance, c'est-à-dire dans ce qu'on appelle des formules juridiques. Mais son interprétation a semblé bien large à la Doctrine qui a protesté contre elle. C'est ainsi, que, dans certains cas, le juge est obligé de tenir compte de ce que M. Geny définit « quelque chose de supérieur à toute formule écrite ou traditionnelle, un ensemble de principes immanents, constituant en quelque sorte la substance juridique de l'humanité, d'après sa nature et sa fin ; principes immuables dans leur fond, mais dont la forme s'adapte à la variété des temps et des pays » (1).

Nous verrons alors, dans ces cas, la jurisprudence faire appel à des formules assez élastiques. C'est ainsi que pour *créer* la responsabilité d'un aubergiste qui refuse une chambre à un malade, qui meurt par la suite, à cause de ce refus, on invoque le contrat ; que pour punir l'abstention

(1) Op. cit., p. 36.

d'un pharmacien qui refuse des médicaments, on a créé l'idée qu'il exerçait en vertu d'un monopole ; que pour punir l'abstention d'un industriel qui refuse d'embaucher des ouvriers syndiqués, on fait appel à cette conception si large qui est l'abus du droit.

Mais il y a des cas où le juge se voit obligé de débouter celui qui se plaint d'une grande injustice, provoquée par une abstention, et cela parce que même la formule la plus large ne lui donne pas la possibilité de l'employer dans ces cas. C'est là que la question apparaît à peu près insoluble. Etant tenu de chercher la solution dans le droit positif, il se heurte à la difficulté signalée. Ce droit ne peut exister que dans la loi écrite ; la vie est considérée par l'interprète de la loi à travers le prisme légal. Il renonce à employer la formule même la plus élastique, parce qu'il n'a plus sous la main le texte qui constitue, pour cette formule, la source même très lointaine, d'où l'interprétation pourrait sortir. C'est, par exemple, le cas d'un individu qui n'exerce pas une profession quelconque à laquelle pourrait faire appel celui qui se trouve dans un cas de nécessité urgente, comme il a été dit plus haut. Ce n'est plus une chose déterminée, le produit d'un métier que réclame celui qui est dans le besoin ; c'est uniquement à *l'activité* de l'homme, de n'importe quel homme qu'il s'adresse ; ce qu'il demande c'est un geste, un simple mouvement qui pourra le sauver d'un péril imminent.

Peut-on *juridiquement* obliger l'individu sollicité à intervenir dans une circonstance pareille ? C'est plus loin qu'on déterminera ces circonstances et la nature de l'intervention exigée. Pour l'instant nous nous demandons : doit-on s'en tenir à la méthode traditionnelle, et dire : « que toute ques-

tion juridique doit être décidée par le moyen de solutions consacrées positivement par le législateur ? » (1).

Cette méthode a le grand désavantage de méconnaître les idées qui se développent postérieurement à l'élaboration des textes de loi. Le domaine pratique impose la nécessité de sanctionner ces idées restées étrangères à tout cadre de droit. Comme nous l'avons dit, l'interprète ne trouve plus la formule qui offre d'une façon quelconque une solution dont le besoin se fait sentir unanimement. Il fait appel au texte, mais celui-ci résiste et « il est impossible de le plier, même de le tourner, et il faut l'appliquer ou le briser » (2).

8. On fait intervenir une autre idée : celle qu'il est difficile de confondre deux domaines : le domaine de la morale et celui du droit. Or, nous tâcherons de prouver que les limites de ces deux domaines ne sont pas définitivement tracées ; que, par conséquent, la crainte d'une fusion entre eux n'est pas toujours motivée ; qu'en tout cas le Droit n'a rien à perdre de la pénétration dans son domaine d'un principe moral.

Reconnaissant qu'aujourd'hui une longue tradition a établi, au moins théoriquement, la possibilité de séparer énergiquement les devoirs moraux, d'une part, et les devoirs juridiques, d'autre part, nous nous demanderons si « le devoir de prêter assistance au prochain peut espérer arriver à la consécration légale ? » (3).

C'est ainsi que nous poserons le problème : une règle unanimement reconnue nécessaire dans la vie pratique doit-

(1) Gény, *op. cit.*, p. 65.

(2) Batbie Révision du code Napoléon, Paris 1866, p. I.

(3) Ripert. « La règle morale dans les obligations civiles », 1^{re} et 2^e édition, p. 7.

elle toujours rester dans son domaine d'origine ? Nous ne sommes pas de ceux qui aiment croire que les idées ont, comme les personnes, un acte de naissance qui constitue leur « état civil » définitif et qui va les suivre toute leur vie. Le Droit ne diminue en rien sa valeur propre, quand il laisse pénétrer chez lui une règle morale qui est assez mûre pour y pouvoir figurer. Qu'on se rassure ; nous prendrons, en tous cas, les précautions nécessaires pour que la « transfusion » soit opérée d'une façon assez sérieuse, parce que nous connaissons bien l'indifférence des juristes, qui va presque jusqu'à la répugnance, pour le problème de la morale : le mérite d'un juriste est aujourd'hui d'apporter à toutes les questions des solutions « techniques » qui donnent l'impression de rigidité dans les formules adoptées.

Nous sommes au siècle de la technique, dans tous les domaines. On tend partout à remplacer l'homme par le moteur. Toute la vie est réduite à des opérations de technique. Les diverses sciences tendent, par l'intermédiaire des savants, vers le but de découvrir des lois rigides, immuables pour faire la preuve qu'elles se suffisent bien à elles-mêmes : qu'elles ont leur méthode et leur technique bien à elles. Rares sont les juristes qui à côté de « la nécessité de fonder l'autorité sur une conception purement positive de droit », proclament « qu'il y a aussi nécessité de faire appel à la morale dans l'élaboration de l'ordre juridique positif » (1).

La plupart des juristes, faisant la différence entre la Morale et le Droit, adoptent avec joie la formule de Bentham qui dit que le Droit et la Morale, « s'ils ont le même centre, n'ont pas la même circonférence » (2) ; peut-être parce que le

(1) RIBOT, *op. cit.*, p. 22.

(2) Cité d'après COLIN et CAPITANT : « Cours élémentaire », T. I, 5^e édition, p. 2.

« *centre* » est habituellement représenté dans la géométrie par un petit point, tandis que la « *circonférence* » est formée d'un très grand nombre de points... Et après avoir réduit ce centre à un point minuscule, ils ajoutent bien vite : «...autrement dit, leurs sphères d'action respectives diffèrent essentiellement » (1).

Le juristes préfèrent le système de la séparation des deux domaines, quoiqu'ils savent que le domaine juridique s'adresse aux hommes « qui n'ont pas un degré de perfection psychique, qui est rarement atteint » (2).

Nous sommes, au contraire, de l'avis de ceux qui croient que le Droit doit contribuer à ce que le « degré de perfection psychique » soit atteint. En l'absence d'un texte, prévoyant la sanction pour les cas « d'abstention coupable », nous proposerons ce texte.

Nous prenons comme devise de notre travail les admirables mots de M. Ripert : « Un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi; il doit s'efforcer de faire passer dans le Droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance, en luttant pour ses croyances » (3).

(1) Colin et Capitant, op. cit., loc. cit.

(2) Colin et Capitant, op. cit., loc. cit.

(3) Ripert, op. cit., p. 29.

SECTION II

9. L'abstention, conséquence d'un acte de volonté. — 10. L'abstention involontaire. — 11. Difficulté de distinguer le mobile dans l'abstention. — 12. L'abstention en dehors d'une obligation juridique d'agir.

9. On a soutenu avec raison que l'abstention, fait négatif, n'existe pas d'une façon absolue (1), parce que même pour ne rien faire, il faut encore une décision. Cette décision à un fait négatif, à une abstention, est essentiellement un acte positif, parce qu'il y intervient une décision de la volonté. Qu'on aille ou qu'on n'aille pas, qu'on fasse ou qu'on ne fasse pas quelque chose, il y a toujours, à la base, une décision qui marque qu'on a agi. Toute décision vers l'inactivité représente une activité qui est la décision prise.

Il faut analyser le fait négatif par rapport au fait positif pour voir que la classification des faits en positifs et négatifs, n'existe pas à proprement parler. L'activité suppose toujours le mouvement, comme l'inertie, le repos. « La parole est un acte, le silence une abstention » (2). Si on prend les obligations conventionnelles, on trouve la vieille classification romaine des obligations qui demandent de la part du débiteur « *facere* » et d'autres « *non facere* ». Dans les premières, on demande à l'obligation un effort, une énergie pour réaliser une œuvre en faveur de son créancier. Dans les obligations de « *non facere* », tout ce qu'on demande, c'est une inertie complète. Toute énergie dépensée va contre

(1) Voir Tesseire : Le fondement de la responsabilité. Thèse 1901, p. 134 et suivantes.

(2) Tesseire, op. cit., p. 136.

l'objet de l'obligation. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le débiteur a pris une décision. Qu'il fasse ou ne fasse pas quelque chose, il obéit à un commandement de sa volonté. Le fait négatif ne doit pas être considéré indépendamment de l'être humain. Il y a toujours un intérêt qui poussé vers l'inaction comme vers l'action. Le côté négatif existe seulement en apparence : une personne ne bouge pas, une autre se tait; il manque le mouvement, ce signe physique de l'activité. Mais derrière l'inertie apparente de l'homme, il y a sa volonté qui a décidé de ne rien faire. Ce qui est négatif, extérieurement, est positif, par décision de la volonté. L'abstention comporte donc une décision aussi bien que l'activité. L'homme domine les événements par son activité ; mais il peut encore avoir intérêt à rester inerte. Tout dépend de l'utilité qu'il prête à la forme de son action initiale. C'est cette initiative qui veut qu'il emploie son activité d'une façon ou d'une autre, qu'il se mêle ou ne se mêle pas au cours des événements.

Si un dommage se produit (c'est un bâtiment qui s'effondre, par exemple, et il n'y a pas cas de force majeure) on peut prouver une faute de la part du propriétaire du mur. En quoi consiste cette faute ? Dans un manque d'entretien ou un vice de construction qui ont permis l'effondrement. Le devoir du propriétaire était de surveiller son immeuble. Il ne l'a pas fait. Il est coupable ; mais sa culpabilité provient de ce qu'il n'a pas fait quelque chose. Pour le cas d'un immeuble qui, en s'effondrant, pouvait causer un dommage, les Romains avaient inventé la « *cautio damni infecti* ». C'était une garantie donnée par le propriétaire à celui qui aurait pu, un jour, se plaindre d'un dommage causé. Mais la procédure commencée était en même temps un avertissement au pro-

priétaire de faire quelque chose. Son abstention pouvait lui être fatale. On lui rappelait un devoir de faire.

Quand on dit qu'on est responsable des animaux qu'on a sous sa garde, cela signifie que, ne pas les surveiller, constitue une faute. Les choses, comme les animaux, qui forment le patrimoine matériel d'une personne, sont toujours supposés avoir un maître qui doit s'occuper d'eux, afin qu'un dommage n'arrive pas à autrui par leur fait. Quand donc une personne aura à se plaindre d'un dommage qu'elle a subi, on cherchera à établir quel était le devoir auquel le propriétaire de l'objet ou de l'animal a manqué.

Si un ouvrage qu'on a omis de faire ou une surveillance attentive qu'on n'a pas exercée pouvaient éviter le dommage, la faute qu'on imputera au propriétaire de la chose ou de l'animal sera une faute d'abstention. On avait à sa charge le devoir de faire quelque chose ; on ne l'a pas fait ; on est coupable.

Une personne fait, sur la rue, des travaux, dont il faut prévenir les passants, pendant la nuit, par une lumière quelconque. Un accident arrive, faute de lumière. La personne qui a fait les travaux est en faute pour omission. C'est son inactivité qui a causé le dommage : si elle avait mis une lampe, le passant n'aurait pas eu à en souffrir. Ici, le fait négatif n'est le produit d'aucun acte de volonté. On n'a pas mis un éclairage par oubli ou négligence ; on ne peut pas dire qu'on a voulu un acte négatif. L'abstention apparaît fautive, sans être la conséquence d'aucun acte de volonté. La faute est alors « présumée ». Une inactivité peut donc être la conséquence d'une décision prise ; mais elle peut aussi exister sans aucune décision. Le dommage qu'on cause par une omission s'appelle : quasi-délit s'il est dû à la négligence ou à l'imprudence ; délit, s'il a été volontaire.

Ce sont les cas prévus par l'article 1383. Or, M. Tesseire se demande : « Peut-on rendre responsable celui qui n'a rien fait, qui n'a pas agi ? » Oûi, répondons-nous, du moment que cette inactivité a causé un dommage et qu'il y avait un devoir d'agir. M. Tesseire nous dit qu'il y a rarement abstention complète (1), toute abstention correspondant à un acte de volonté, côté positif de l'inaction. Mais il y a des abstentions qui ne sont le produit d'aucun acte de volonté. C'est le hasard qui pose le problème de l'inactivité. Quelqu'un n'avertit pas le public qu'il y a une excavation sur sa propriété ; un passant y tombe et est blessé. On constate alors que, de la part du propriétaire, il y avait une abstention due à la négligence. Il s'est abstenu de prendre les précautions qui auraient pu éviter l'accident arrivé ; mais son omission n'a rien de voulu. L'intention de nuire n'a jamais existé. Cependant il s'agit d'une inactivité, d'un fait négatif. Mais on ne peut plus soutenir que tout fait est positif, par rapport à la volonté qui le commande. Et la responsabilité qu'on encourt n'est plus en fonction d'une volonté qui a ordonné l'abstention. Il y a, au contraire, manque complet de volonté dans le fait d'avoir oublié de prendre les mesures nécessaires. On qualifie ce fait « *d'omission* », justement parce que cette sorte d'abstention manque de la volonté nécessaire.

10. Il ne faut donc pas généraliser et dire que l'abstention d'un individu est toujours un fait positif. Il faut distinguer. Du moment qu'on considère un acte, d'après la volonté qui y a présidé, il faut conclure que l'omission est de deux sortes : l'une qui est volontaire et l'autre qui est involontaire. L'élément psychologique intervient : on veut ou on ne

(1) Tesseire, op. cit., p. 188.

veut pas. Prenons un exemple, pour illustrer notre point de vue : le gardien d'un pont détérioré est chargé d'empêcher de passer celui qui veut le traverser. Il voit venir un ennemi personnel, qui va s'engager sur le pont. Il le laisse passer sans l'avertir, parce qu'il voit l'occasion d'une vengeance. Au moment où le passant a mis le pied sur le pont, le gardien a pris une décision : il ne fait rien pour sauver son ennemi. L'accident arrive. Ici l'abstention peut être considérée comme un acte positif. On constate chez le gardien un fait négatif ; mais ce fait est positif par rapport à sa volonté. Supposons maintenant le même gardien qui s'endort ou qui s'est absenté momentanément. Entre temps, une personne arrive, et n'étant pas prévenue du danger qu'elle court en s'engageant sur le pont, par celui qui avait le devoir de le faire, elle est victime d'un accident. Là encore, nous avons affaire à une omission, parce que le gardien s'est abstenu de faire ce qu'il devait faire : avertir tout passant du danger qui le menace. Mais peut-on assimiler les deux cas ? Dans le premier, il y avait un acte de volonté de l'individu ; dans l'autre un manque total de volonté. Dans le premier l'intention de nuire était présente ; dans l'autre, cette intention de nuire est totalement absente. Il est certain que l'individu n'a rien fait, dans un cas comme dans l'autre ; mais comment assimiler les deux faits « négatifs » ? Pour distinguer les deux cas, il faut procéder à une analyse extrêmement délicate : l'attitude passive d'un individu peut être le résultat d'un calcul, mais elle peut provenir aussi d'un oubli ou d'une inattention. On voit combien le problème est difficile : on peut participer par sa seule abstention à un dommage que subit un individu. Nous avons montré comment : en laissant les choses telles qu'elles sont, sans intervenir. Si dans le cas choisi plus haut, le cas du gardien, on fait l'analyse de son

omission, on trouve ce gardien en faute pour son abstention, voulue ou non. Il avait le devoir de veiller près du pont détérioré. Son omission correspond à une obligation « préexistante ». Il n'a pas fait ce qu'il devait faire : l'abstention entre dans sa sphère d'activité. L'abstention voulue, commandée est fautive par elle-même. Quand on veut nuire à autrui, il n'y a pas de différence entre l'acte positif et l'omission. Tous les deux ont leur source dans l'intention mauvaise.

11. Seulement, une difficulté se présente dès le commencement : l'inertie de l'homme est quelque chose qui ne laisse pas de traces ; comment distinguer le cas d'un individu qui désire qu'un malheur se produise, de celui où, par son manque de diligence, un autre individu a permis aux événements de suivre leur cours ? Comme nous l'avons dit plus haut, dans les deux cas, il y a faute ; mais la différence est énorme : l'individu qui s'abstient parce qu'il désire que le malheur se produise est incomparablement plus coupable que l'autre. qui est devenu fautif sous l'influence d'une cause, qui, au point de vue psychologique, lui est étrangère. Seulement, dans le cas du gardien choisi plus haut, ce qui préoccupera le juge, c'est si l'abstention est fautive par rapport à l'obligation préexistante, c'est-à-dire celle imposée au gardien de veiller près du pont détérioré. La difficulté d'établir les phases suivant lesquelles un événement a évolué est très grande parce qu'au moment où se produit cet événement, il faudra préciser l'attitude de l'individu qui s'est abstenu. Le moment où la décision de ne rien faire a été prise par lui est capital. Il restera jusqu'à la fin sous l'empire de cette première décision. Il sera le spectateur qui participe de toute son âme à ce qui se passe. S'il ne fait rien, c'est parce qu'il

ne veut rien faire. Est-ce qu'il a tué ? Non ; il n'a rien fait. Quand il sera appelé à rendre compte de son abstention, il sera jugé pour une abstention qui ne devait pas se produire, puisqu'il existait pour lui l'obligation de veiller sur le pont. Seule, son abstention physique entre en ligne de compte. Il n'a pas fait ce à quoi il était tenu. L'obligation « préexistante » pour lui était celle qui est imposée à tout gardien. Sa faute — pour la justice — est une faute de « diligence ». Ce qui s'est produit dans son for intérieur, sa culpabilité « réelle » reste ensevelie au fond de sa conscience. Jamais on ne la connaîtra, et, en tous cas, même si on la soupçonne ou on la prouve, aucun texte n'existe permettant de la punir.

12. Nous avons insisté sur la culpabilité de la personne qui s'est abstenue malgré l'obligation qui lui était imposée d'agir, c'est-à-dire, dans ce cas d'espèce, de faire connaître à tout venant le mauvais état du pont.

Mais que dire d'une personne qui n'était tenue d'intervenir, dans ce cas, par aucune autre obligation qu'une obligation morale ? Elle assiste au danger qui menace une autre personne. Elle peut faire quelque chose pour sauver son semblable, mais ne le veut pas. Nous insisterons sur ce point en traitant de l'obligation morale d'agir. Disons pour l'instant, que le laisser faire et le laisser aller nous sont apparus comme des manifestations d'un égoïsme atroce.

Quand on a institué la gestion d'affaires, en dehors de tout mandat, on avait en vue l'utilité sociale de pareils actes. Le voisin qui vous rend service en dépensant de l'argent pour sauvegarder votre patrimoine est considéré par le législateur, comme ayant reçu et accepté une mission de votre part. Sa volonté est la vôtre. Vous êtes tenu par ses engagements, comme si vous-même les aviez pris. On parle

d'un quasi-contrat, et l'école solidariste voit, dans ce fait, la pénétration de l'idée de solidarité dans le droit positif (1). On considère les individus, comme se rendant compte de la nécessité de savoir dans quelle mesure ils peuvent être utiles les uns aux autres. Le bon sens veut que du moment qu'un individu a fait une chose utile pour son semblable, celui-ci tienne les engagements pris. La loi intervient pour sanctionner cette entente tacite, estimant qu'il y a de méchants esprits qui pourraient abuser. Et dans le quasi-contrat de « gestion d'affaires », on a vu une ressemblance avec le fameux quasi-contrat des auteurs solidaristes (2). Les individus se considèrent comme ayant contracté les uns avec les autres. Mais puisque le contrat demande le consentement des parties, comme une des parties est considérée absente, le législateur donne son approbation qui vaut le consentement absent. C'est la loi qui supplée à l'absence de conventions proprement dites, et tient lieu de volonté dans le quasi-contrat. Ce système est bien curieux, qui admet qu'une personne peut être considérée liée à une autre sans le savoir et peut-être sans le vouloir. Il peut sembler étrange que le code civil français (basé sur l'autonomie de la volonté) admette ce quasi-contrat du droit romain, qui reconnaît la possibilité de faire du bien à quelqu'un, même contre son gré.

Il y a, quoiqu'on en pense, dans ce principe une application de l'idée solidariste. A l'objection qu'on fait : comment la loi peut-elle se substituer à la volonté d'une personne,

(1) Bourgeois, « Philosophie de la Solidarité », p. 52, parle de rapports mutuels des individus qui consentent à accepter les risques et les avantages de la solidarité. Voir dans le même sens Bouglé : « Le solidarisme », p. 6 et suivantes.

(2) Bouglé op. cit., pages 80 et suivantes.

on répond généralement en montrant l'utilité de l'institution. Le principe de l'autonomie de la volonté cède en face d'une nécessité sociale. Quand une personne se propose de gérer l'affaire d'une autre, on l'oblige à porter à son action tout le soin dont elle est capable. En exigeant plusieurs conditions pour admettre l'immixtion dans les affaires d'un autre, la loi a voulu le garantir contre l'abus.

La question que nous allons poser est aussi une question de solidarité. Dans le quasi-contrat, l'initiative est prise par le « negotiorum gestor ». C'est lui qui accepte de s'immiscer dans l'affaire d'un autre. Nous irons un peu plus loin ; nous dirons que l'homme est obligé d'intervenir, de prendre une initiative dans des circonstances où cela pourrait profiter à son semblable.

Nous croyons qu'il y a des abstentions qui ne sont pas dignes d'être protégées par le principe de la liberté individuelle. Quand il y a un but à atteindre et que ce but nous apparait digne d'être atteint, nous voulons rappeler à l'homme qu'il a une dette sociale à payer. Que l'homme veuille jouir de sa liberté d'une façon complète, nous ne nous y opposons pas ; mais nous pensons qu'on ne peut pas invoquer cette liberté dans des cas où l'homme se trouve en présence d'une situation qui réclame son assistance immédiate pour sauver quelqu'un d'un péril certain. Les barrières entre les devoirs juridiques et les devoirs moraux, nous ne les croyons pas définitivement et exactement tracées. Il y a, nous semble-t-il, des modifications à apporter aux conceptions courantes.

SECTION III

13. Le délit d'omission dans le cadre de la responsabilité civile. — 14. L'abstention dans le droit romain. — 15. L'abstention dans la Doctrine et la Jurisprudence françaises. — 16. Difficulté de trouver un critérium et une définition de la faute. — 17. Quand peut-on parler d'une faute d'abstention ? — 17 bis. Critique du délit et du quasi-délit d'omission. — 18. La classification des fautes d'abstention.

13. L'article 1382 précise : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

On a tant écrit sur le problème de la responsabilité, que nous nous demandons s'il y a encore quelque chose à écrire sur cette question.

On prend habituellement l'évolution historique du délit, on compare le délit civil au délit pénal, pour arriver à dire que la notion moderne du délit est toute autre que celle qui existait en droit romain.

Les délits civils ne sont pas énumérés par le code. La notion du délit, en droit moderne, découle de tous les actes imputables à faute et causant un dommage à autrui. Les éléments de la responsabilité délictuelle sont donc au nombre de trois : imputabilité, dommage, faute.

Le premier élément comporte le discernement. L'individu qui n'a pas l'aptitude de comprendre ce qu'il fait n'est pas responsable. Une personne qui souffre d'aliénation mentale n'est pas responsable de ses délits (1).

Le deuxième élément nécessaire pour qu'il y ait délit,

(1) L'article 54 du code civ. Suisse décide autrement.

c'est le dommage. S'il n'y a pas de dommage, aucune responsabilité civile n'est encourue. Le dommage peut être matériel ou moral.

Le troisième élément, le plus difficile à préciser, c'est la faute, cause du dommage. Le fondement de la responsabilité dans le code civil français est la faute.

Nous avons formulé ci-dessus quelques notions générales sur la responsabilité en droit civil. Ce que nous voulons, c'est dégager la responsabilité d'une personne pour inaction ou, comme le dit le titre de ce travail, les abstentions qui constituent une faute. Généralement, l'homme est responsable pour action. Quand est-il responsable pour le fait de s'être abstenu ?

Après avoir envisagé le délit d'omission dans le cadre général de la responsabilité délictuelle, nous tâcherons de préciser dans quelles circonstances l'abstention peut constituer une faute.

14. Tout d'abord : depuis quand parle-t-on du délit d'omission ?

La faute d'omission n'a été connue chez les Romains qu'assez tard et encore d'une façon tout à fait spéciale. M. Girard nous dit : « Toutes les créances, nées de délits, ont pour objet une somme d'argent. Quant au fait qui donne naissance au délit, au fait constitutif du délit, c'est toujours d'une part un fait positif et non pas une simple abstention, une faute de commission, et non pas une faute d'omission ; et d'autre part, c'est toujours un fait défendu par une disposition expresse du droit positif » (1).

(1) Manuel de droit romain, 4^e éd. Liv. III-IV. Tit. I. Chap. I, p. 390.

Il ne suffit pas que le préjudice ait été causé d'une façon quelconque. Il faut qu'il ait été causé, dit-on, « *corpore et corpori* », c'est-à-dire : a) que le dommage ait résulté d'un acte matériel de l'agent ; que ce dernier ait tué, et non pas occasionné la mort ; qu'il ait frappé l'animal et non pas seulement fait du bruit pour le faire sauter dans un précipice ; b) que le dommage ait atteint la chose et non pas seulement causé un préjudice au maître, comme il arrive quand on délie un esclave (1).

Plus tard, d'après M. Girard, on a élargi ce système trop étroit. Au point de vue de la qualification du fait, l'édit du préteur « a donné l'action, hors de son domaine propre, comme action utile, même quand le dommage n'a pas été causé « *corpore* », et il l'a également donné, quand le dommage n'a pas été « *corpori* » (2).

M. Girard se demande si c'était encore une action utile de la loi « *Aquila* » (aut quanti plurium), ou une action indépendante en réparation du préjudice.

15. Dans quelle mesure le délit d'omission a-t-il été prévu par le législateur de 1804 ?

Dès le commencement, il faut distinguer l'omission de l'abstention : c'est une question de nuances. Au fond, les deux notions présument une inactivité. Une différence existe tout de même entre les deux sens. C'est ainsi que l'omission suppose toujours un oubli, une négligence, à l'occasion d'une activité quelconque. L'abstention suppose l'inactivité en général. L'omission éveille toujours l'idée d'une initiative prise : on a omis d'interjeter appel, de

(1) Cf. Girard, op. cit., p. 412.

(2) Girard, op. cit., loc. cit.

prendre les mesures nécessaires, etc... ; l'abstention peut se concevoir sans cette initiative. Quelqu'un s'abstient de voter; refuse de contracter ; n'intervient pas dans un moment de danger, etc... Tous ces cas entrent dans la notion assez vaste de l'abstention humaine. C'est l'inactivité voulue. Mais puisque tous les auteurs prennent le mot d'omission dans le sens général d'abstention, nous n'attacherons pas une trop grande importance aux différences de nuance qui peuvent exister, et nous emploierons ces mots dans le sens général consacré par tous les juristes.

Les auteurs parlent du délit d'abstention, à l'occasion des commentaires fournis au sujet du mot « fait », figurant dans l'article 1382. Parmi ces commentaires, nous choisirons quelques extraits caractéristiques. C'est ainsi qu'Aubry et Rau écrivent : « Tout délit consiste dans un « fait » de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission, aussi bien qu'un fait positif ou de commission. Toutefois, une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable qu'autant qu'une disposition de la loi imposait l'obligation d'accomplir le fait omis » (1).

M. Fromageot écrit que « les seules omissions qui peuvent, dans la pratique française, constituer une faute juridique, sont les omissions des obligations formellement imposées par la loi » (2).

MM. Planiol et Ripert (3) disent que la faute peut être un acte positif ou un acte négatif, comme le fait de ne pas prévenir un propriétaire de l'usurpation qu'un tiers commet

(1) Traité, 4^e édition. T. IV, parag. 444, p. 746 .

(2) « La Faute », page 82.

(3) Traité élémentaire. T. II, 10^e édition, page 294.

sur ses biens ; ou encore l'omission d'une formalité légale qu'on était tenu d'accomplir dans un certain délai.

MM. Colin et Capitant (1) constatent qu'une faute peut consister non seulement en un fait actif (*culpa in committendo*), mais en une simple abstention (*culpa in omitendo*).

Pour que l'abstention puisse constituer une faute, il faut que quelqu'un ait l'obligation d'accomplir quelque chose.

Laurent (2) commentant le mot « fait », contenu dans l'article 1382 du code civil, dit qu'il faut comprendre aussi les omissions et les réticences. Le commentateur se demande s'il y a fait dommageable par cela seul que celui qui aurait pu empêcher une action nuisible ne l'a point empêchée ?

En répondant à Toullier qui voit dans une pareille abstention une sorte de complicité, Laurent dit que cette doctrine est contraire aux principes et « qu'on doit la restreindre aux cas, où celui qui n'a pas empêché le fait dommageable, avait quelque devoir de le prévenir ; il faut donc supposer que la loi impose le devoir d'empêcher un fait dommageable pour que le fait d'omission devienne une faute qui oblige de réparer le dommage » (3).

Il faut que ce devoir soit une obligation légale.

Dans le même sens se prononcent aussi Demolombe (4), Larombière (5) et Proudhon (6).

M. Saleilles (7) a donné une interprétation plus originale des articles 1382 et 1383. Pour cet auteur, l'article 1382 établit le délit pour le fait qu'on a agi, la faute étant en ce cas

(1) Cours élémentaire, T. II, 4^e édition, page 361.

(2) Principes de droit civil, t. 20, 1878, p. 409 et suivantes.

(3) Op. cit., loc. cit.

(4) Tome 36, N° 479.

(5) Tome 5, articles 1382-1383, n° 6 et 7.

(6) Droit d'usufruit, d'usage, etc... Tome III, n° 1489 et 1490.

(7) Les accidents du travail et la responsabilité civile, p. 42 à 65.

« *in faciendo* ». En ce qui concerne l'article 1383 qui établit la responsabilité pour négligence ou imprudence, le fait qu'on a agi n'a plus d'importance, cet article contenant seulement l'omission. Le premier article signifie, d'après Saleilles, que « ce qui oblige à réparation », c'est le fait de l'homme, constitutif du dommage », pendant que l'autre article vise « l'abstention qui se réfère à une cause matérielle, constitutive de préjudice, qui rentre dans la sphère d'activité de celui qui s'est abstenu ».

Cette conception n'a pas été toujours maintenue par Saleilles.

Antérieurement, Marcadé (1) et Duranton (2) avaient soutenu que l'omission doit être recherchée dans l'article 1383. En tous cas, ces auteurs ne soutiennent pas leur opinion d'un façon ferme, puisqu'ils laissent croire que la négligence ou l'imprudence peuvent exister aussi bien quand on agit que quand on n'agit pas.

Il faut aussi écarter la distinction faite par certains auteurs (3) qui soutiennent que l'article 1382 prévoit le délit, c'est-à-dire le fait produit avec l'intention de nuire, alors que l'article 1343 prévoit le quasi-délit, c'est-à-dire l'imprudence et la négligence.

Nous pouvons donc dire que l'omission n'est pas prévue dans un texte spécial du code civil : ce sont la Doctrine et la Jurisprudence qui font cette distinction.

16. On a vu que l'élément principal de la responsabilité est la faute, cause du dommage. Quand peut-on dire qu'il

(1) Explication théorique et pratique du C. C., 8^e éd., T. IV, p. 299.

(2) Cours de droit français suivant le code civil. T. 13, n^o 712.

(3) Buquet édit. de Pothier. T. 2, p. 57, note 2.

y a faute ? On a tâché de donner plusieurs définitions de la « faute ». C'est ainsi que M. Planiol (1) parle d'un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation, quand on a causé un dommage à autrui.

Mais quelle est l'obligation préexistante ?

La définition de M. Planiol en appelle une autre.

M. Fromageot (2) dit que la faute est un manquement voulu ou non voulu, mais toujours non intentionnel, à un devoir juridique. La définition de Lefebvre (3) n'avance pas non plus les choses : pour cet auteur, il y a faute, manquement au devoir, quand on fait ce qu'on n'a pas le droit de faire, et quand on ne fait pas ce qu'on a l'obligation de faire ; le mot obligation étant pris dans le sens de lien de droit.

Quand peut-on dire qu'on a fait ce qu'il ne fallait pas faire ?

Nous croyons qu'on ne peut pas donner une définition de la faute (4), parce qu'il y a une infinité de dommages. Tout dépend des circonstances. La responsabilité délictuelle était simple en droit romain ; mais elle est bien compliquée dans le droit moderne. A Rome, l'homme avait des droits limités, donnés par la cité, imposés par la loi. On n'y connaissait pas le contrat, mais des contrats ; pas le délit, mais des délits ; le droit, mais des droits. La vie était moins compliquée et on pouvait dire avec précision le moment où l'action devenait agissante et celui où elle cessait de l'être (5). Quand on parle de manquement à une obligation préexis-

(1) Traité élémentaire, 7^e éd. T. 2, n^o 869, p. 278.

(2) De la faute comme source de la responsabilité, p. 4.

(3) Revue critique, p. 406.

(4) Voir en ce sens M. Ripert. Rev. Critique, 1912.

(5) Cf. E. Levy. Rev. Critique 1899, p. 361.

tante (1), ou qu'on dit que la faute consiste à tromper la confiance d'autrui (2) ; enfin, quand on cherche à donner à la faute le sens classique qui est celui de comparer l'attitude de l'individu à celle qu'aurait eu un « bon père de famille », on tombe toujours dans l'arbitraire. On ne peut pas trouver un criterium qui embrasse toutes les fautes possibles. Les systèmes divers proposés expliquent quelquefois, pourquoi on est en faute ; mais ils ne disent pas d'avance, quand on est en faute. C'est une question qui doit être laissée à l'appréciation du juge.

17. Quand peut-on dire qu'on a commis une faute d'abstention ? On a vu précédemment que l'unanimité des auteurs demande comme condition d'une pareille faute l'existence d'une obligation d'agir et que pour cela, il faut un texte spécial qui la prévoit. Or, nous montrerons qu'à côté des obligations spécifiées d'avance et prévues dans des textes spéciaux, il peut y avoir d'autres devoirs d'agir. On peut donc être en faute non seulement quand on ne fait pas ce que la loi ordonne, mais on peut être en faute également pour ne pas avoir fait ce à quoi on était tenu par une situation de voisinage, ou parce que c'est l'usage qui oblige à certains actes ; enfin il peut y avoir des obligations d'agir, parce qu'on exerce une certaine profession. La faute d'abstention se prête, peut être, mieux à la définition de M. Planiol qui parle d'un manquement à une obligation préexistante. Seulement, il ne faut pas croire que l'obligation d'agir doit toujours être contenue dans un texte de loi. Nous avons montré dans notre introduction, comment dégénère en abus

(1) Voir Planiol, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Voir Em. Levy, *op. cit.*, loc. cit.

l'idée que toute personne est libre de s'abstenir. Il peut y avoir des abstentions fautives, quand une personne refuse de faire quelque chose qui peut être nécessaire à une autre personne, sans que, en même temps, cela nuise à son propre intérêt. Quand nous disons que l'abstention fautive est un manquement à une obligation de faire, nous savons que surgit immédiatement la difficulté de préciser, à quel moment il y avait obligation de faire. On ira plus loin, en disant : Il peut y avoir obligation d'agir, quand c'est la loi qui le veut ou quand l'homme lui-même a accepté une pareille obligation. Or, nous verrons que la Jurisprudence a admis quelquefois qu'il y a aussi obligation d'agir dans les cas où une personne a à souffrir par suite d'une abstention et bien qu'aucun texte ne le prévoie. Il suffit d'un dommage qui a comme cause une omission, pour qu'on oblige une personne à réparer sa faute. La personne trouvée en faute ne peut mieux réparer sa faute qu'en agissant.

On ne peut pas connaître d'avance les cas où il y aura lieu d'obliger une personne à agir. Tout est question de fait : c'est la vie qui fournit les circonstances dans lesquelles une personne est trouvée en faute pour ne pas avoir fait quelque chose. On ne peut donc pas parler d'un criterium de la faute d'omission, de même qu'il n'y a pas de criterium pour la faute d'action.

Nous tâcherons donc de voir quels sont les cas où la Jurisprudence a trouvé qu'il y avait faute d'abstention.

17 bis, M. Crouzel (1) conteste l'existence des délits et des quasi-délits d'omission. M. Crouzel envisage plusieurs hypothèses :

(1) Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1922, p. 168 et 1923 p. 16.

A) La violation d'une obligation positive prévue dans une convention ne constitue pas, d'après cet auteur, un délit d'omission qui puisse engendrer la responsabilité délictuelle. Toute responsabilité qui peut découler en cas d'inexécution d'une obligation est une responsabilité contractuelle.

A cet argument de M. Crouzel, on peut répondre que, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, la jurisprudence a reconnu la coexistence pour un même fait de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.

C'est ainsi que derrière la responsabilité contractuelle, il y a le droit commun des hommes vivant en société : c'est le rapport contractuel qui est l'exception et l'art. 1382 pose le principe général de la responsabilité extracontractuelle (1). Etant d'ordre public, l'art. 1382 ne peut pas être écarté dans les rapports sociaux.

Il est vrai que les adversaires du cumul des deux responsabilités soutiennent qu'entre les personnes qui sont liées par un contrat, et relativement à l'objet de ce contrat, toute question de faute doit être jugée d'après les clauses du contrat, c'est-à-dire d'après la volonté des parties. (2) La diligence requise dans l'exécution d'une convention doit être — d'après la théorie des adversaires du cumul des deux obligations — celle fixée par le contrat lui-même. La faute est réglée d'après les prescriptions du contrat. La violation d'un contrat ne peut mettre en discussion la faute délictuelle. Saleilles pré-

(1) Capitant, Cours cité, p. 177.

(2) Voir en ce sens Labbé (note Sirey, 1885, 425 ; S. 1886 — 1-1). Annales de Droit commercial (I, 1886-1887 pp. 185 et s. ; Ferrou (note S. 1911-2-233) ; Perroud (S. 1911-1-105) ; Saleilles : Théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil n° 332, p. 433 (3^e éd.) ; Bonnet, Rev. crit., 1912, p. 418 et s. ; Josseland : Les transports », n° 628 ; Demogue, Rev. Trimestrielle, 1923, p. 654 et suiv.

cise : « La responsabilité en matière de contrat ne naît que du contrat et n'existe que dans la mesure créée par le contrat lui-même ».

Avant de discuter les arguments en faveur du cumul nous croyons nécessaire de préciser que c'est presque toujours dans un cas d'omission qu'on pose la question du cumul des deux responsabilités. L'inexécution d'une obligation conventionnelle est une abstention fautive qu'il s'agisse d'une inexécution totale ou d'une inexécution partielle quand le cas fortuit ou la force majeure ne sont pas prouvés. Nous allons donc nous demander : le manquement à une obligation contractuelle peut-il mettre en discussion une autre obligation — celle-ci légale et générale — qui existe pour tout homme de ne commettre non seulement une faute contractuelle, mais non plus une faute délictuelle. Pour M. Planiol la question est nette. Cet auteur est logique avec son système sur la responsabilité : admettant que la loi est antérieure à tous les contrats il faut en déduire que la simple convention ne peut pas l'écarter. S'opposant aux auteurs qui soutiennent que la responsabilité résultant des articles 1382 à 1386 est une responsabilité subsidiaire écartée partout où il existe un lieu conventionnel entre deux personnes, M. Planiol estime que « ce n'est pas la responsabilité délictuelle qui sert de complément à l'autre, c'est le contraire qui est vrai ; la responsabilité conventionnelle vient s'ajouter à la responsabilité établie par la loi et ne peut ni l'éliminer ni se substituer à elle, par la raison que la loi est antérieure à tous les contrats. L'obligation légale préexiste, et les parties contractantes peuvent seulement y ajouter quelque chose ; mais une obli-

(1) Voir note M. Planiol (D. 1907, 2-97).

gation légale préexistante ne devient pas contractuelle par cela seul que les particuliers l'ont reproduite et versée, en quelque sorte, dans leur contrat ».

Dans l'hypothèse prise plus haut par M. Crouzel on a vu qu'il contestait l'existence du délit et du quasi-délit d'omission sous motif que toute convention engendre une responsabilité contractuelle.

Or il n'est pas du tout prouvé qu'une contravention peut écarter la responsabilité existante pour toute personne de se comporter de la manière édictée par la loi. Lorsqu'on dit que le contrat non seulement ne fait pas disparaître la responsabilité délictuelle, mais au contraire la renforce, l'idée que toute responsabilité ne découle que d'une convention doit être écartée. Il y a au-dessus de toute convention une obligation légale de loyauté, de diligence et de prudence qui préexiste au contrat. Toute abstention à cette règle légale est une abstention fautive (1).

M. Meignié (2) reconnaît que la jurisprudence a une tendance de faire intervenir l'article 1382 — c'est-à-dire les principes de la responsabilité délictuelle — toutes les fois que la preuve d'une faute, d'une imprudence, d'une négligence, est nettement rapportée, même s'il s'agit d'une partie en présence de son contractant.

Voici les motifs principaux d'un arrêt :

« Attendu qu'il ne résulte de cette loi (loi du 12 juillet 1905) ni des lois antérieures, aucune dérogation aux responsabilités de droit commun telles du moins qu'elle sont déterminées et sanctionnées par les articles 1382, 1383, 1384 de

(1) Voir Capitant, Cours cité, loc. cit. ; *Saintelette* : « Responsabilité et garantie » ; *Thaller*, Annales de droit commercial, 1886, p. 125 et suivantes.

(2) « Responsabilité et contrat », thèse, Lille 1924, dans ses conclusions. Voir encore M. Ripert : « Droit maritime », T. II, page 640.

Code civil ; qu'il peut y avoir lieu à application de ces articles, alors même que le genre de fautes qu'ils prévoient viendrait à se cumuler avec les fautes purement contractuelles d'un transporteur de colis postaux, à s'y ajouter, ou à se substituer à elles, et à les absorber, de telle sorte qu'il ne s'agisse plus d'une simple inexécution de contrats, mais d'actes plus graves, engendrant un préjudice plus important et se concevant en dehors du lien de droit initial résultant de la convention » (1).

On ne peut donc contester qu'il y a une obligation de diligence et de prudence qui accompagne toute convention, qui lui préexiste même.

Pour mieux montrer que la responsabilité n'a rien de délictuel, dans certains cas, M. Crouzel cite quelques exemples. C'est ainsi qu'il s'occupe de l'arrêt qui disait que « les compagnies d'éclairage par le gaz sont responsables des accidents causés par l'imperfection des appareils, lorsqu'elles ont fourni du gaz avant la visite de ces appareils et sans l'autorisation préalable de l'autorité municipale ». (2) Dans un pareil cas, nous dit M. Crouzel l'agent avait contracté l'obligation positive d'agir. En manquant à cette obligation, il ne commet pas plus un quasi-délit d'omission que le débiteur d'un corps certain en n'exécutant pas son obligation de livrer. C'est la responsabilité délictuelle qui est engagée par une semblable négligence.

Supposons que le contrat n'existe pas, dans le cas de la compagnie d'éclairage qui comme on l'a vu ci-dessus fût trouvée responsable. Un accident arrive, mais il n'arrive plus

(1) Bordeaux, 8 juillet 1909 (deux arrêts) ; S. 1911-2-233, note Ferron ; D. 1912-2-49, note Chéron. Voir pourtant, en sens contraire, Cass. 21 janvier 1890 (D. 91-1-330) ; Cass. 11 janv. 1922 (D. P. 1922-1-16).

(2) Paris, 23 avril 1844, Dalloz : « Responsabilité », n° 193, p. 331, n° 3.

à l'abonné, à une personne avec laquelle la compagnie avait traité.

Il s'agit d'un accident dont la victime est une personne étrangère. Est-ce que le délit d'omission découlait encore d'un contrat ? Voici un exemple cité par Laurent (1), d'où il résulte qu'il y a responsabilité pour omission même si aucune loi n'obligeait une personne à faire quelque chose. Une personne, voulant traverser pendant la nuit un pont construit par une compagnie concessionnaire sur la Loire, tomba de la chaussée sur la grève, après avoir franchi la tête du pont, et se cassa la cuisse. La compagnie concessionnaire n'y avait point fait placer de lanterne d'éclairage, et aucune rampe n'avait été placée le long de la chaussée. Quand la victime demanda des dommages-intérêts, la compagnie répondit qu'elle s'était conformée strictement aux clauses et conditions du cahier des charges en vertu desquelles la concession avait eu lieu ; que les précautions qu'on lui reprochait d'avoir négligées ne lui avaient nullement été ordonnées ; que, partant aucune responsabilité ne pouvait peser sur elle. Laurent écrit qu'à cet argument il est facile de répondre puisque les compagnies concessionnaires restent sous l'empire du droit commun « et le droit commun oblige toute personne de prendre les soins nécessaires pour ne pas causer à autrui un dommage par sa négligence. Qu'importe donc le silence du cahier des charges ? la convention intervenue entre l'Etat et les concessionnaires ne déroge pas à une responsabilité générale qui est d'ordre public ». Il y avait négligence et le tribunal de Lyon a condamné la compagnie

(1) « Principes », t. XX, p. 305.

respective parce qu'elle n'a pas pris les précautions qui auraient empêché l'accident (1).

Nous croyons que nous avons démontré que le délit d'omission peut exister en dehors d'un contrat.

Dire qu'on peut être coupable d'une omission seulement dans les cas où il y a un contrat qu'oblige une personne à faire quelque chose, c'est admettre qu'une personne n'a pas d'obligation d'agir en dehors d'un contrat. Or la réalité de chaque jour nous démontre qu'il peut y avoir des obligations d'agir en dehors du contrat.

B) Une autre hypothèse considérée par M. Crouzel est celle où une omission s'est produite dans les circonstances suivantes : « Chargé par une famille de surveiller la santé d'un enfant confié aux soins d'une nourrice, le médecin avait le devoir de ne pas laisser ignorer à cette nourrice que l'enfant était atteint d'un vice contagieux ». A la suite de l'allaitement, la nourrice était malade et elle avait même succombé. Un arrêt de Dijon (2) reconnaît à culpabilité du médecin, en vertu des articles 1382 et 1383. « Le médecin est, comme tout citoyen, dit l'arrêt, responsable du dommage causé par son imprudence, sa légèreté ou son impéritie notoire, en un mot, par sa faute personnelle ». M. Crouzel n'approuve pas ce jugement. Il se demande :

Ou bien un médecin, indépendamment de tout lien contractuel ou légal, est tenu de donner des conseils à quiconque en a besoin ;

Ou bien le mandat intervenu entre lui et la famille d'un nourrisson, lui impose, outre les obligations nées du contrat,

(1) Lyon, 16 novembre 1841. (Dalloz, Rép. V. « Responsabilité », n° 196, 2°).

(2) 14 mai 1868 (S. 1869-2-175).

le devoir, sanctionné par les articles 1382 et 1383, de soigner aussi la nourrice, comme s'il était le médecin de celle-ci.

Faisant les deux suppositions, M. Crouzel admet le principe : *Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*. Les choses ne sont pas si simples comme on les suppose au début. Lorsque la Cour de Dijon a admis l'idée que le médecin est coupable d'une omission, elle a eu en vue qu'un devoir élémentaire devait ordonner au médecin d'attirer l'attention de la nourrice que l'enfant qu'elle va allaiter est atteint d'un vice contagieux. Dans les circonstances qui se sont présentées la nourrice était légitimement en droit de supposer que l'enfant, une fois visité par le médecin ne présentait pas pour elle un péril de mort par sa maladie. Connaissant les effets malheureux du virus contagieux le médecin avait le devoir de parler. Son silence est fautif. La question du mandat envisagée par M. Crouzel ne peut pas être posée : il y a un devoir d'éviter un dommage toutes les fois qu'on est mis par les circonstances dans la situation de le faire. Il y avait une obligation prééxistante pour le médecin de ne pas laisser croire à la nourrice qu'un enfant examiné par lui est sain, qu'il n'y a pour elle aucun péril de l'allaiter. Par son silence le médecin a trompé la confiance légitime d'une personne. Le délit d'abstention existe envers la nourrice.

C) Dans une troisième hypothèse, M. Crouzel nous dit qu'il n'y a pas délit d'omission non plus quand il y a une obligation positive de diligence incombant à l'agent en vertu de la loi et que l'inexécution de cette obligation a causé un dommage à une personne. Il prend l'exemple suivant : la loi porte que les voies par lesquels circulent les voisins la nuit doivent être éclairées.

L'auteur reconnaît qu'il y a une obligation légale de faire

dont l'inexécution peut attirer la responsabilité civile de l'auteur de l'omission mais il ajoute : « si un roulier qui n'a pas éclairé sa voiture et a causé un dommage est responsable, ce n'est pas parcequ'il n'a pas éclairé sa voiture, c'est parcequ'il a causé un dommage par une action positive exécutée, d'une manière défectueuse ». On peut répondre que l'auteur oublie que le fondement de toute condamnation en dommages-intérêts est la faute. Or pour condamner le roulier il faudra établir la faute dont il s'est rendu coupable. Ce qu'on lui reprochera c'est qu'il n'a pas fait une chose à laquelle il était tenu. Son devoir était d'éclairer sa voiture. Il ne l'a pas fait : son abstention est fautive. C'est ailleurs que nous montrons qu'on est coupable non parcequ'on a fait quelque chose, mais parceque on a omis de prendre toutes les précautions imposées par les circonstances.

En ce qui concerne les autres hypothèses envisagées par M. Crouzel elles sont aussi dénuées de fondement que les premières. Voilà une de ces hypothèses : une vache vint un jour se coucher sur une voie ferrée longeant des prairies où le bétail passait nuit et jour sans gardien. Elle provoqua un déraillement et un accident de personnes.

La Compagnie fut trouvée responsable parce qu'elle n'avait pas mis de clôture (1). M. Crouzel conteste qu'il y a quasi-délit de négligence. Dans le cas ci-dessus visé il fallait décider — d'après cet auteur — que les voyageurs blessés avaient droit aux dommages-intérêts en vertu du contrat d'après lequel la Compagnie s'est engagée à transporter les voyageurs sains et saufs à leur destination. Et « si la victime avait été autre qu'un voyageur, la responsabilité délictuelle

(1) Gand 26 janv. 1860, Paslerisie belge, 1860-2-79, op. cité.

de la compagnie n'aurait pas existé du tout. Il y avait eu, à son égard, cause étrangère et force majeure ». On peut se demander : la famille d'un voyageur tué à l'occasion de l'accident, en vertu de quel lien juridique pouvait-elle invoquer la responsabilité de la compagnie ? On lui demande de faire la preuve que la compagnie est en faute. Il s'agit de prouver qu'une compagnie diligente aurait mis une clôture après avoir prévu l'accident possible.

La culpabilité sera encourue comme nous le disons plus haut, parce qu'on a négligé de faire quelque chose. La faute d'abstention existe toujours quand on a omis de faire ce à quoi on était tenu.

18. Y a-t-il plusieurs sortes d'abstention ? Généralement la Doctrine ne connaît pas une division de la faute d'omission. Mais si on analyse ce délit d'une façon spéciale, on trouve dans la Jurisprudence qu'il comporte des distinctions.

M. Demogue (1) distingue deux sortes d'abstention : l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action.

On est encore responsable, quand il y a devoir légal d'agir et qu'on n'a pas agi.

On dit généralement que l'omission constitue une faute, quand il y avait obligation d'agir. C'est dans un autre chapitre que nous faisons l'analyse de l'abstention par rapport à l'individu qui s'abstient. Puisque dans le sens courant, une abstention, pour être fautive, présume une obligation d'agir, nous utiliserons la classification donnée par M. Demogue. Seulement nous croyons qu'on peut rattacher les deux abs-

(1) Obligations I T. 3, n° 259, p. 438.

tentions ci-dessus — l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action — à un groupe commun : l'abstention dans la sphère d'activité d'une personne, à la différence près de ce que nous dirons dans un autre chapitre et qui se rattache à l'idée d'abstention, en dehors de l'activité d'une personne, c'est-à-dire que nous rechercherons la faute pour abstention dans un cas où existait seulement le devoir moral d'agir.

CHAPITRE II

L'ABSTENTION PURE ET SIMPLE

SECTION I

19. Obligation légale d'agir. — 20. Le mouvement de l'homme imposé par les nécessités de la vie en société. — 21. Le devoir de faire, conséquence d'un intérêt social. — 22. L'usage obligatoire. — 23. Devoir d'agir pour la victime d'un accident. — 24. La cause dans l'omission. — 25. Devoir d'agir pour éviter un dommage à autrui : les divers cas qui peuvent se présenter. — 26. De l'obligation qui n'existe pas sans un texte de loi ou un contrat.

19. Nous avons dit que l'abstention peut être pure et simple (1). Quand peut-on parler d'une pareille abstention ? D'abord, quand il y avait une obligation légale d'agir. C'est ainsi que le code pénal ou le code civil obligent l'homme à accomplir certains actes. A ce premier cas, se rapportent les articles 312 et 475, n° 12 du c. pénal.

L'article 475 n° 12 du C. P. punit celui qui, requis par un garde-champêtre, ne se joint pas à ceux qui font la chaîne pour éteindre une meule de paille en feu. Il faut pour cela deux conditions : a) l'évènement doit être considéré comme une calamité publique ; b) le texte suppose en outre que la réquisition n'est pas faite par un simple particulier.

Il existe encore l'obligation, pour toute personne, de

(1) R. Demogue, T. III, p 438.

porter à la connaissance des autorités la naissance d'un enfant dans un délai prévu.

Parmi les obligations légales, qui prévoient pour une personne l'obligation d'agir, voici quelques-unes de ces obligations : l'article 614 C. C. déclare en faute l'usufruitier qui ne dénonce pas au propriétaire les usurpations faites sur le fonds par un tiers. Quand il ne le fait pas, la loi le déclare « responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même » ; l'usufruitier a aussi l'obligation légale de restituer la chose grevée d'usufruit, quand celui-ci vient à s'éteindre ; l'obligation de témoigner en justice ; l'obligation alimentaire existante entre les parents (art. 205 et suivants du C. C.) ; l'obligation pour un vendeur de déclarer les vices cachés d'une chose. En tout cas, les obligations légales de faire sont assez rares. Une obligation de faire peut être encore contenue dans un article d'une loi spéciale. C'est ainsi que l'article 13 de la loi du 29 Juillet 1881 prévoit le droit de réponse à un article paru dans un journal ou une revue : le directeur du journal est alors obligé d'insérer la réponse envoyée, même si cette réponse est longue. La Cour de Paris avait admis qu'un directeur de revue peut refuser l'insertion d'une réponse, s'il la juge trop longue (1).

La chambre civile de la Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour de Paris, car l'article 13 de la dite loi est absolu, et les tribunaux ne peuvent pas limiter le droit de réponse.

(1) 21 Mars 1924 (D. 1924-1-97) (note de M. Josserand). Dans cette espèce, il s'agissait d'une traduction des « Perses » d'Eschyle faite par MM. Sylvain et Joubert. M. Doumic, directeur de la « Revue des deux Mondes » avait critiqué cette traduction, et, recevant une réponse trop longue à cette critique, a refusé de la publier.

Quand, par suite, il y a une obligation légale de faire, elle doit être exécutée d'une façon absolue.

Il est possible qu'une obligation d'agir soit imposée, ou par certaines nécessités pratiques, ou par le fait de se trouver en état de voisinage avec une autre personne ; ou simplement parce que c'est un usage qui oblige ; enfin il est bien possible qu'une obligation d'agir soit la conséquence de certaines circonstances qui commandent à l'homme d'agir.

20. Considérons l'homme au sein de la société. Faut-il dire, par exemple, qu'il est libre de ses mouvements et qu'il peut ne pas faire ce qu'il ne veut pas faire ?

M. Tesseire (1) nous présente le cas d'un individu qui est au milieu de la chaussée ; « il ne bougé pas ; il n'entend pas les cris qu'on pousse pour l'avertir ; il ne se gare pas », il y a dommage. N'est-il pas plus responsable de ce dommage que s'il avait fait tous ses efforts pour l'éviter ? Comment qualifier cette inertie de l'individu ? On le voit : l'individu de M. Tesseire est quelqu'un qui ne fait rien. Il ne bouge pas, il n'entend pas les cris qu'on pousse pour l'avertir, il ne se gare pas.

Il reste dans un état d'indifférence qui lui est propre. Il oublie qu'il se trouve au milieu d'une foule qui peut, à un moment donné, lui demander un mouvement, un effort. Sans cet effort, sans cette action, un dommage se produit. Du fait même qu'il se trouvait dans un lieu public, cet homme était obligé de considérer et de reconnaître qu'il ne lui était plus loisible de concevoir sa liberté, comme il la pouvait concevoir chez lui, dans sa maison. Il aurait pu

(1) « Le fondement de la responsabilité », Thèse. Aix 1901.

rester chez lui dans un état d'inaction de son choix, sa vie durant ; personne n'aurait pu lui demander un effort, en dehors de son consentement. Mais dans le cas choisi plus haut, au milieu de la chaussée, l'inaction, le fait de ne pas bouger, alors qu'il y avait nécessité de le faire, constitue déjà une faute. Dans une société, composée de travailleurs, de personnes se rendant d'un lieu à l'autre, d'éléments vivant dans une continuelle activité, le fait de s'abstenir, de ne pas tenir compte qu'il peut y avoir des conditions qui ordonnent le mouvement, c'est commettre une faute. Le reproche à faire à l'individu qui nous sert d'exemple, c'est qu'il agissait comme un être isolé, quoique vivant dans la société des autres.

On peut se demander si cette argumentation est vraiment juste. D'où naît cette prétention de contraindre à l'action l'individu qui était au milieu de la chaussée ? Si on admet que l'activité humaine est quelque chose de louable, qui procure des avantages, pourquoi condamner quelqu'un qui renonce à ces avantages et garde l'immobilité ? Mais parce que la chaussée est, par destination, un endroit réservé au mouvement. C'est un lieu où on n'est plus chez soi et qui est fait pour la circulation. Tout le monde a le droit de s'y rendre ; mais avec l'obligation de se soumettre à l'usage qui est fait de cet endroit précis. Libre donc de s'abstenir chez lui, de ne rien faire, d'être morte, l'homme qui se trouve sur la chaussée et ne bouge pas malgré tous les avertissements qu'on lui prodigue, devient coupable, si son abstention est la cause d'un dommage.

Nous avons repris l'exemple donné par M. Tesseire et nous l'avons développé, bien qu'il soit un peu théorique. On dit : il s'est abstenu ; son abstention est fautive. Mais d'où tire-t-on cette conclusion ? De ce fait qu'on a recherché

et fixé le devoir d'une personne se trouvant sur la chaussée ; et c'est par rapport à ce devoir d'agir que l'abstention est jugée fautive. Toute personne qui aura eu à souffrir du fait de cette abstention, pourra demander des dommages-intérêts.

Peut-être tire-t-on cette conclusion du fait aussi sur lequel nous allons revenir, que tout homme doit être diligent. Mais alors ce devoir de diligence impose quelquefois une obligation d'agir ? Cette obligation d'agir est donc soumise à une autre obligation générale qui peut commander à l'homme le mouvement.

21. Nous allons voir qu'on peut avoir le devoir de faire quelque chose dans le cas où un intérêt propre est en fonction d'un intérêt social. Il s'agit alors de devoirs qui peuvent naître, soit à l'occasion d'une activité, soit par le simple motif qu'on vit dans la société, où on est le titulaire d'un droit.

On peut être obligé d'agir pour des raisons d'ordre social.

Le code civil a consacré le principe de la « prescription acquisitive ». Ce moyen d'acquérir la propriété d'une chose par une possession prolongée correspond surtout à des nécessités sociales. D'abord, c'est la question de la preuve de propriété qui est bien difficile à faire, si on remonte à plusieurs générations. Or la prescription supprime cette difficulté. Tous les auteurs envisagent l'usurpation au point de vue de son rôle social. On invoque encore cette parole du philosophe : « **quieta ne moveas** ». Mais il faut bien reconnaître que tous les principes invoqués ne peuvent servir à contester que la prescription constitue une institution qui, « par défi-

dition même, a pour effet de spolier le véritable ayant-droit au profit d'un usurpateur » (1).

Pour que toutes les législations modernes consacrent un pareil principe, qui protège la simple possession, il fallait des raisons assez sérieuses. Mais on ne peut pas contester qu'à côté des considérations d'ordre social qui invoquent la fixité des situations, il y a aussi l'idée d'une punition. Dans l'institution de la prescription, il y a deux éléments : a) quelqu'un a eu depuis longtemps la possession d'un immeuble ; c'est l'élément positif ; b) un autre a négligé d'exercer son droit de propriété ; c'est l'élément négatif. Ne pas voir ce deuxième côté du problème, c'est ne pas voir la question sous toutes ses faces. « Pourquoi le propriétaire, dépouillé est-il resté si longtemps sans faire acte de possession sur sa chose, ou sans la réclamer ? On lui laisse un délai suffisant pour apprendre l'usurpation commise contre lui et pour protester » (2).

Le propriétaire, qui laisse sa chose sans rien faire durant un délai si prolongé, n'est plus digne de l'intérêt montré par le législateur à l'institution de la propriété.

Il ne suffit pas de motiver la prescription par des raisons sociales. Pour sacrifier l'intérêt d'un individu et lui prendre son immeuble, il faut le supposer coupable. En quoi consiste sa culpabilité ? En ceci, qu'il s'est abstenu de faire quelque chose, alors qu'il devait le faire.

Comme le disent MM. Colin et Capitant (1), « le propriétaire, qui laisse pendant de longues années sa chose aux mains d'un autre possesseur, commet une négligence incon-

(1) Colin et Capitant, Cours élémentaire. T. I, 5^e éd., p. 635.

(2) Planiol et Ripert, Traité, T. I, X^e édition, 1928.

(3) Colin et Capitant, op. cit., page cit.

testable, dont il est naturel qu'il subisse un jour la punition ».

La meilleure preuve que l'élément de l' « abstention fautive » entre dans le cadre des premières considérations, est que le code fédéral suisse prévoit le cas d'une possession prolongée — élément positif — mais si le propriétaire qui n'a pas exercé son droit de propriété fait la preuve qu'il a été empêché de l'exercer par un cas de force majeure, il n'est plus jugé en faute pour son abstention et la propriété lui est rendue.

Il faut reconnaître que dans l'institution de la « prescription acquisitive », la plupart des auteurs parlent surtout du premier élément, celui de la possession. Mais, à côté de cet élément, l'idée d'abstention apparaît dès la première analyse. Et cette deuxième raison est aussi forte que la première. Sans cela les considérations sociales apparaîtraient trop dures et les droits de l'individu sembleraient réduits à un véritable état de relativité.

22. Il peut y avoir des obligations d'agir correspondant à un usage.

M. E.-H. Perreau (1) dit que, généralement, la courtoisie, l'obligeance et les usages non obligatoires ne donnent, en principe, d'après la jurisprudence, naissance à aucun droit. Mais il y a bien souvent des actes de courtoisie qui deviennent obligatoires, et, s'abstenir de les accomplir, c'est engager sa responsabilité. M. Perreau écrit : « Le refus d'accomplir un acte de courtoisie ou d'obligeance, quand il est de nature à jeter la suspicion sur autrui, étant donné les pré-

(1) Revue Trimestrielle 1914, p. 481 et suivantes.

cédents que vous avez posés vous-même, et n'est pas motivé par des raisons graves, peut prendre, à raison de ces circonstances, un caractère injurieux ou diffamatoire obligeant à réparation » (1).

Voici un exemple. Aucune loi ne prévoit l'obligation, pour le maire, de renseigner les journaux sur l'état civil de la commune. Mais, du moment que le maire donne des renseignements, il est obligé de les donner à tous les journaux. Son abstention à l'égard d'un des journaux sera fautive. La responsabilité du maire est engagée par son refus arbitraire. C'est dans ce sens qu'a décidé le tribunal de Reithel (2). Il a trouvé que le maire est libre, en l'absence d'un texte qui l'oblige, de refuser des renseignements ; mais, du moment qu'il les donne à plusieurs journaux, il ne peut pas les refuser à un journal donné.

Voici un autre exemple : le tribunal de Chambéry (3) a jugé que le cercle qui met son allée à la disposition des voitures de tous les hôtels ne peut refuser l'accès de la même allée aux voitures d'un hôtel déterminé. Un pareil refus engage la responsabilité du cercle.

On peut dire que dans les cas cités plus haut on fait intervenir l'idée d'abus de droit, parce que du moment qu'on s'abstient envers un particulier seulement, pour lui faire du mal, on peut invoquer l'intention de nuire.

Des motifs donnés par les tribunaux respectifs, il résulte que tout maire peut refuser des renseignements aux journalistes et tout cercle peut refuser ses allées aux voitures des

(1) Loc. cit., page 503.

(2) Jug. du 30 Janvier 1908. (Gaz. Palais, 8 Mai 1908).

(3) Jug. du 22 Juillet 1902. (Gaz. Trib. 1912-2-1-311).

hôtels ; mais ce refus doit être général. Du moment qu'on agit envers quelques personnes d'une certaine manière, il n'y a pas de raison pour ne pas agir de même envers les autres, qui sont dans la même situation. Il est donc logique de faire intervenir l'idée d'usage. C'est par rapport à elle que l'abstention devient fautive. L'intention de nuire s'explique alors par le fait qu'un usage constant obligeait à agir d'une façon identique envers tout le monde.

C'est dans le même ordre qu'il faut placer un jugement du tribunal de Gand (1) qui a estimé qu'omettre volontairement le nom de la femme d'un des parents sur un faire-part de décès, c'est commettre une faute qui engage la responsabilité. Une pareille abstention constitue un blâme pour la personne omise.

23. La victime d'un dommage a, elle aussi, le devoir d'agir en conformité avec l'intérêt de l'auteur de l'accident. Supposons qu'un patron soit responsable, en raison d'un accident survenu à un ouvrier ; il peut imposer à sa victime un traitement à suivre. et si, par exemple, la victime n'a pas suivi les conseils de son patron, en se dérochant volontairement au traitement médical, les tribunaux n'accorderont qu'une indemnité égale à l'accident survenu, refusant à l'ouvrier une indemnité plus grande, à cause de son refus de se soigner. M. Lessoudier écrit à cet égard (2) : Responsable des conséquences de l'accident, le patron est irresponsable des conséquences de la mauvaise volonté que met l'ouvrier à se soigner, en n'obéissant pas aux prescriptions du médecin ; aussi, la volonté de se dérober au traitement suffira-t-

(1) 14 Mai 1900. (Pasicr. belge, 1901-2-100).

(2) Revue Trimestrielle 1904, p. 285.

elle, indépendamment de toute intention dolosive de profiter par la suite des conséquences du refus de se laisser soigner ».

Ici l'abstention de l'ouvrier est fautive, parce qu'il a le devoir légal de se soigner. Ce devoir, pour la victime, de prévenir le dommage est général.

MM. Demogue et Lepaule (1) estiment que ce sont les principes de solidarité sociale, qui conduisent à cette considération que la victime d'un dommage a l'obligation d'empêcher celui-ci de se réaliser ou de se développer : les auteurs reconnaissent d'ailleurs qu'il est parfois très difficile de trouver aux idées sociales le mécanisme technique approprié et de prouver exactement où est la source d'une obligation de solidarité.

La Cour du Banc du Roi (Québec) (2) a fait une application nette du principe solidariste. Voici le cas cité par les deux auteurs : « Le feu se déclare, par la négligence du propriétaire, dans des terrains boisés et gagne lentement la propriété voisine. Le propriétaire de celle-ci fait constater le fait ; mais il n'agit pas, ne prévient même pas celui dont le terrain est en feu. En présence de cette faute, la Cour a partagé le dommage par moitié ».

Les auteurs se demandent si le voisin s'étant abstenu de tout acte, ne devrait pas supporter seul le dommage. « Nous croyons que le juge, en raison de la disproportion des fautes, peut l'admettre », disent ces auteurs.

On se demande encore si la victime, qui a fait des dépenses pour éviter que le dommage s'étende, peut les récu-

(1) Revue Trimestrielle 1924. (Jurisprudence des Cours du Canada).

(2) 23 Décembre 1923. Rapp. Judic. Québec, XXVI, p. 572.

pérer contre l'auteur ? « Oui — répond M. Demogue — puisque c'est l'auteur qui a causé les dépenses. Il est inutile de faire appel à l'idée de « gestion d'affaires » qui soulève quelque doute, la victime agissant plus dans son intérêt que dans celui de l'auteur ».

24. Les raisons, pour lesquelles il faut obliger quelqu'un à payer des dommages-intérêts, parce qu'il a omis de faire quelque chose, alors qu'il avait le devoir de le faire, sont les mêmes que dans le cas où on est responsable pour une action. Cela tient à ce qu'ici encore, la jurisprudence française admet qu'il y a cause lorsqu'une condition d'un dommage a été posée (1). C'est pour cette relation de cause à effet que la jurisprudence cherche à établir toujours les circonstances dans lesquelles un dommage a été causé. Cette idée est d'autant plus nécessaire en matière d'abstention qu'ici on envisage le point de vue négatif, c'est-à-dire l'inaction. On établira donc une relation directe entre le manquement à un devoir d'agir et l'effet survenu à cause de ce manquement.

M. Demogue (2) dit qu'il résulte de la jurisprudence que la cause peut être une abstention. Il y a cause dès que, sans cette abstention, le dommage n'aurait pu se réaliser. On ne peut donc pas dire que toute abstention est cause, mais l'abstention de ceux qui étaient à même d'empêcher le résultat dommageable est causale. Elle comportera responsabilité, si l'abstention est fautive, c'est-à-dire s'il y avait le devoir d'agir.

Si un individu, par son intervention, détermine une abs-

(1) Demogue I, Tome IV, p. 10.

(2) Obligations I, Tome IV, p. 8.

tention chez un tiers et si cette abstention est la cause d'un dommage, on peut se demander si la personne qui a provoqué cette abstention est coupable ? La personne ne sera pas directement coupable pour l'abstention, mais elle en sera tout de même la cause. Ainsi on a jugé que celui qui empêche un tiers d'intervenir pour secourir un blessé, est responsable de l'aggravation de la blessure (1).

Quand il analyse un effet par rapport à sa cause, le juge ne peut pas remonter par degrés de cause en cause jusqu'à la cause initiale. Ce qu'il doit faire, c'est chercher la cause immédiate d'un dommage. La jurisprudence anglo-saxonne a admis toujours l'existence de deux ordres de causes : a) les « proximate » qui constituent des conditions rapprochées suffisantes pour la causalité juridique ; b) les « too remote » ou trop éloignées, qui n'ont pas une importance décisive. L'homme doit répondre des conséquences immédiates de son abstention. Quelqu'un abandonne sa voiture. Un ivrogne, qui passe, monte dans la voiture et produit après un dommage. Ce dommage est en rapport causal avec l'abandon. Un homme avisé et prudent aurait dû prévoir qu'en laissant sa voiture sur une voie publique, quelqu'un pourrait causer un dommage en s'en servant. La condition du dommage a été posée, quoiqu'entre le dommage produit et l'abandon, il s'interpose une série d'autres conditions, le fait du passage de cet ivrogne et de son installation momentanée, par exemple, dans la voiture.

On ne peut pas dire que le propriétaire de la voiture n'est pas en faute, parce que ce n'est pas lui personnellement

(1) Voir Gaz. Pal. 1897. I. Suppl. 53. (Trib. Seine, 1^{er} Mai 1901. D.-P. 1903-2-415.

ment qui a produit le dommage. Mais il a fait naître les circonstances grâce auxquelles le dommage s'est produit.

On ne trouve pas, il est vrai, de critérium fixe pour établir, quand le fait de ne pas avoir fait quelque chose, constitue une cause plus proche ou plus éloignée. Voici quelques exemples fournis par la jurisprudence nord-américaine : L'employé V... se prend de querelle dans la rue avec F.... V..., pour ne pas être tué, se réfugie dans un café : en voulant se cacher il fait tomber le robinet d'un tonneau de vin, dont le contenu se répand à terre. La Cour Suprême de New-York condamna F... à des dommages-intérêts parce que c'est lui qui avait provoqué la fuite précipitée de V. . Sans lui, le dommage ne se serait pas produit (1). La justification de la condamnation, fournies par la Cour américaine, était « que le dommage pouvait être prévu ». Il y avait donc abstention à la règle générale de diligence.

Mais, dans un autre cas, on constate que la jurisprudence nord-américaine ne demande pas qu'on prévoie toutes les conséquences d'un acte (2). P... fait laver sa voiture de livraison sur la voie publique, par infraction aux règlements de police. L'eau se répand sur la chaussée où elle gèle. Le cheval de S... passe, glisse et se blesse.

La demande en dommages-intérêts contre P... est rejetée, parce qu'il n'est pas prouvé que le défenseur ait pu connaître que l'eau se répandrait sur la chaussée, se congèlerait et occasionnerait un dommage. La cause immédiate n'a pas été créée par F... Mais on ne peut pas contester que P... a fait naître une des conditions qui ont fait que le cheval de S... a glissé et s'est blessé.

(1) *Lynch v. Nurdin* 1841, L. J. Q. B.

(2) *Sharp. v. Powell*, 1872, 41. L. C. J. P. Cf. *Marteau*, page 51.

Le système de causalité n'a donc rien de stable.

Il est bien difficile de dire, dans certaines circonstances, qu'on a fourni la condition sans laquelle le dommage ne se serait pas produit.

La Cour d'Appel de Nîmes (1) a jugé que la présomption de faute (article 1384 C. C.) qui oblige le gardien d'une chose à répondre des dommages causés par l'objet qu'il a eu sous sa garde, n'est plus applicable quand, par suite du vol de la chose, le gardien a été mis dans l'impossibilité d'exercer sur elle sa surveillance et de lui donner les soins qu'elle comporte.

Il s'agissait dans l'espèce d'un dommage causé par des malfaiteurs, à l'aide d'une auto laissée par son propriétaire. Celui-ci n'a pas été condamné à des dommages-intérêts, la cour trouvant qu'il n'y avait pas de relation de cause à effet entre l'imprudence de celui qui avait abandonné son auto, et l'acte des malfaiteurs.

Mais ce n'est pas là la façon constante de juger les faits. Un conducteur de voiture a été condamné à des dommages-intérêts, parce qu'il avait abandonné sa voiture sur la voie publique, ce qui avait permis à un ivrogne d'y monter et de causer un accident (2).

C'est ce point de vue qui est approuvé par M. Demogue (3) qui croit que « celui qui a, soit poussé à un acte, soit facilité un acte, de façon fautive, encourt une responsabilité au cas où l'auteur de l'acte n'a pas agi par sa seule détermination ».

(1) S. 1928-2-93 (Jourdan C. Laporte).

(2) Douai, 31 Décembre 1900 (S. 1903-2-236).

(3) Revue Trimestrielle 1926, p. 123. Dans le même sens : Demogue, Obligations, IV, n° 368.

25. Du moment qu'on peut éviter un dommage à autrui, il faut agir, si les circonstances obligent à cela.

Le Tribunal de commerce de Bruxelles (1) a jugé que celui qui, par erreur, reçoit un colis, commet une faute en ne prévenant pas l'expéditeur ou le voiturier.

Nous sommes d'avis qu'il y a dans ce jugement un point de vue qu'on doit faire valoir dans toutes les occasions. Au fond, dans le cas ci-dessus, par exemple, il ne faut pas croire que celui qui a reçu l'objet par erreur était tenu d'informer de cette erreur l'expéditeur ou le voiturier pour la raison juridique que, recevant le colis, il y avait de sa part manifestation de volonté, qui était la source d'un dommage pour un autre. Il y a là une formule employée, mais non pas une solution d'ordre général. On doit faire prédominer l'idée qu'un geste de la part d'un individu ne doit jamais être épargné, du moment que cet individu a été mis dans la situation de le faire. On se trouve alors en présence d'une désignation certaine, par l'intermédiaire des faits, de l'individu obligé d'agir, comme, dans le cas ci-dessus, la personne qui a été, par erreur, mise en situation de porter ce fait à la connaissance de ceux qui avaient intérêt à le savoir.

Quelquefois il peut y avoir faute à ne pas porter à la connaissance des autres un changement de situation. Le propriétaire d'un fonds de commerce donne celui-ci en location, sans faire en temps utile les publications dégageant sa responsabilité. Le tribunal de commerce du Havre (2) a admis que les fournitures faites par les tiers au preneur pouvaient être réclamées au bailleur, « parce que — dit l'arrêt — rien ne pouvait indiquer aux tiers que le preneur exploitait le

(1) Pand. Belges 1904, 290 et 12 Nov. 1903, Pand. Belges 1902-2-291.

(2) Jug. du 17 Janvier 1927. Rec. Havre 1927-1-20.

fonds pour son propre compte et le tiers était en droit de le considérer comme gérant du bailleur. Celui-ci doit être tenu pour responsable, en ne faisant pas en temps utile les publications dégageant sa responsabilité ».

Cette décision prouve que quelqu'un est en faute, quand il laisse une autre personne passer pour son représentant. On ne doit pas laisser les tiers prendre les apparences pour la réalité. L'inaction du bailleur a été jugée fautive. Il y avait aussi peut-être dans ce cas faute de la part des fournisseurs, parce qu'ils n'avaient pas pris les informations nécessaires. On a trouvé en tout cas que la faute du bailleur est grande, puisqu'il a laissé prendre les apparences pour la réalité.

Si on prend l'initiative d'un acte on doit envisager toutes les conséquences de cette initiative. Après avoir agi, on ne peut plus éviter de subir toutes les conséquences de cette action.

Quelqu'un recommande son ancien employé à d'autres commerçants qui l'engagent. Plus tard celui qui a fait la recommandation découvre que son ancien employé était malhonnête. Il s'abstient de révéler ce fait aux frères L... qui ont accepté son protégé, parce qu'ils avaient une bonne recommandation de sa part. L'employé commet des vols chez ses nouveaux patrons. Le tribunal civil de Bordeaux (1) a estimé que le patron qui avait donné la recommandation aux frères L... était en faute pour ne pas leur avoir fait connaître ce qui s'était passé chez lui ; et l'a déclaré responsable pour son inaction.

On a jugé (2) qu'un propriétaire qui a refusé de délivrer

(1) D. P. 1870-2-150. Racaud c. Lagoche.

(2) D. P. 1920-2-102. Trib. civ. Seine, 7^e Ch., Bourgoin c. Cazeau.

à son locataire un certificat de domicile, est en faute, puisqu'il était le seul susceptible de rendre le service demandé. En vain le propriétaire soutenait-il qu'aucune loi, qu'aucun usage local ne l'obligeait à délivrer des certificats. En le condamnant aux dommages-intérêts, on a établi qu'on commet une faute en ne rendant pas un service qui était indispensable et qui ne demandait aucun effort.

D'ailleurs on ne peut pas parler d'une jurisprudence constante en cette matière, parce que dans les mêmes circonstances on a jugé qu'un refus de service n'était pas coupable. Exemple : un concierge qui a refusé de délivrer un certificat de domicile à un locataire : ce refus n'a pas été jugé fautif et la demande en dommages-intérêts a été rejetée (1).

Dans d'autres cas, les tribunaux tiennent compte des possibilités qu'il y a de faire quelque chose, en condamnant ceux qui ne les font pas.

On a jugé (2) que le maître qui, au moment de l'invasion allemande, a fui devant cette invasion avec sa famille et un domestique, a commis une faute en abandonnant, dans le nord de la France, un autre domestique qu'il avait fait venir de Paris. Des circonstances, il résultait qu'avec une sollicitude plus grande, le maître aurait pu prendre dans la voiture le second domestique.

D'autre part le fait d'avoir laissé quelqu'un se fier aux apparences, ne constitue pas une faute.

La Cour de Cassation (3) a jugé mal fondée la réclamation d'un aubergiste contre un notaire pour ne pas l'avoir prévenu que son clerc, avec lequel il prenait ses

(1) D. P. 1920-2-102. Trib. de paix Paris, 9^e arr. (Legat c. Maigneau).

(2) D. P. 1920-2-128. C. de Paris, 6^e ch. (Lutier c. Payen).

(3) D. P. 1911-1-439. Ch. civ. (Rigoudant c. Fagoud et Jouanaud).

repas régulièrement à l'auberge, n'était pas solvable. L'aubergiste soutenait qu'il accordait crédit au clerc pour cette seule raison qu'il était en compagnie du notaire.

Or, l'arrêt de la Cour de Cassation établit qu'on n'est pas en faute lorsqu'on n'a pas éveillé l'attention de quelqu'un qui se trompe dans ses suppositions, du moment qu'on n'a rien fait pour les provoquer.

Mais bien souvent, on est obligé d'agir pour ne pas laisser aux autres l'impression qu'on est mêlé à une affaire. Un maire a été jugé responsable pour ne pas avoir averti le public de ne pas croire qu'en traitant avec une banque chargée de l'émission d'un emprunt, on traitait avec la mairie. La banque qui donnait l'impression qu'elle traitait au nom de la mairie, alors que l'emprunt n'avait pas été approuvé par les autorités supérieures, pouvait gagner la confiance du public simplement parce que le maire, par son omission, avait induit les souscripteurs en erreur. Le devoir du maire était de faire connaître aux souscripteurs que la souscription n'était pas régulièrement faite. Il a été condamné en tant que maire et c'est pour cela que la commune a été déclarée responsable du dommage causé par l'omission de son administrateur (1).

26. Il ne faut pas croire que l'obligation d'agir existe toujours. Elle demande généralement un texte ou un contrat.

Le tribunal civil de Lyon (2) a eu à juger la demande d'un bailleur qui prétendait que son locataire avait commis une faute personnelle, faute lourde, quasi-délictuelle, consistant

(1) D. P. 1893-2-196. Cour de Dijon, 1^{re} ch. (Ville de Mâcon c. Coquet).

(2) 29 Juin 1909. D. P. 1911-2-55.

à ne pas avoir assuré le local pris à bail. Le tribunal a répondu que cette thèse ne pouvait être accueillie, parce que le fait de ne point contracter une assurance ne constitue pas une faute quasi-délictuelle, aucun texte de loi n'édicte cette obligation.

Pour qu'une pareille obligation existât à la charge du preneur, il fallait une clause spéciale dans le contrat.

La Cour de Cassation (1) a décidé qu'aucun texte de loi n'impose le devoir à un créancier hypothécaire de contester la préférence accordée sur lui à d'autres créanciers ; qu'en conséquence, « son abstention, fût-elle préjudiciable à d'autres, ne saurait de plein droit le rendre passible de responsabilité ».

Quand on est en droit de faire quelque chose, le retard qu'on met à le faire ne constitue pas une faute qui engendre la responsabilité de celui qui est en retard.

C'est ainsi que le tribunal civil de la Seine (2) a eu à se prononcer sur le cas suivant : la dame M... avait mis plusieurs enseignes pour annoncer au public la nature de diverses marchandises faisant l'objet de son commerce. Le propriétaire laissa les enseignes, pendant six ans, sans rien dire. C'est après six ans qu'il prétendit obliger sa locataire à enlever une partie de ces enseignes. Devant le tribunal, la dame M... soutint que le propriétaire ne pouvait pas, après un si long silence, exercer le droit qu'il invoquait, car la locataire aurait à subir un préjudice en changeant l'aspect de la façade : qu'en tout cas, même si l'action tardive était recevable, le propriétaire devait être condamné à des dom-

(1) Req. 10 Février 1896. S. 1900-1-276. En ce qui concerne le retard mis dans l'exercice d'une action, voir Cass. 4 Février 1867 (D. P. 1667-1-78).

(2) 26 Janvier 1853 (D. P. 1854-3-8).

mages-intérêts, son abstention initiale créant à la locataire une sorte de droit acquis à avoir des enseignes.

Dans son jugement, le tribunal a jugé que le retard mis par le propriétaire dans son action ne constituait pas une faute à l'égard de sa locataire. Celle-ci ne pouvait pas non plus prétendre que, de l'abstention du propriétaire, il découlât nécessairement un consentement tacite.

SECTION II

27. L'obligation de faire dans les rapports de voisinage. — 28. On parle d'abus de droit au lieu d'établir la responsabilité par inaction. — 29. Le caractère de la responsabilité d'un propriétaire qui laisse faire la nature : le problème du risque et la conception jurisprudentielle de la faute.

27. Quelles sont les obligations dont sont tenus les voisins?

M. Ripert (1) s'occupe d'abord de la responsabilité du propriétaire dans le cas où il a introduit, sur son fonds, du gibier qui a occasionné des dégâts chez les voisins. Dans un pareil cas, le propriétaire est obligé de prendre les précautions nécessaires, sans quoi il est responsable (2).

La solution ci-dessus est normale : le manque de diligence, requise à l'occasion de l'introduction du gibier, entraîne la responsabilité pour le propriétaire. Mais on peut envisager encore une autre responsabilité qui a pour cause une abstention. « Supposons — écrit M. Ripert — qu'il n'y ait aucune intervention du propriétaire. Il laisse faire la nature ; les lapins se multiplient très vite, leur fécondité est pro-

(1) « La responsabilité en matière de voisinage ». Thèse, Aix 1901, p. 240.

(2) Cass. 12 Janv. 1900 (D. P. 1900-1-96) ; Cass. 27 Décembre 1898 (D. P. 99-1-388).

digieuse ; ils envahissent les champs voisins et viennent détruire les récoltes. Les voisins ont-ils un recours ? » (1).

L'auteur analyse les diverses possibilités :

a) Il semble au premier abord que les voisins doivent chasser le gibier qui pénètre sur leur domaine ou élever des obstacles pour empêcher ses incursions. On voit tout de suite l'impossibilité d'ordre pratique d'une pareille défense pour les voisins.

b) Une autre solution, aussi impraticable que la première, est celle qui impose aux propriétaires lésés d'aller détruire eux-mêmes le gibier sur le fonds du voisin. Celui-ci devrait subir cette opération sans s'y opposer.

c) Une troisième solution est envisagée par l'auteur : faut-il donc forcer le propriétaire du fonds à détruire le gibier qui s'y trouve ? Il y a là une solution logique : *mais aucun texte de la loi ne prévoit une pareille obligation pour le propriétaire.*

« Le propriétaire n'est donc pas, de plein droit, responsable des dégâts causés par les animaux sauvages qui vivent sur son fonds. Il faut pour que sa responsabilité soit engagée qu'il ait commis une faute » (2). Et M. Ripert croit, avec raison, qu'il ne peut y avoir faute pour inaction, du moment qu'aucun texte n'oblige le propriétaire à faire quelque chose pour détruire le gibier.

Or, la pratique a obligé la jurisprudence à déclarer d'une façon presque constante *qu'il y a faute, pour le propriétaire, de ne pas détruire le gibier*. Quand le gibier se trouve en quantité anormale, le propriétaire est tenu des dégâts produits au voisin. Sa responsabilité est engagée par son inac-

(1) Ripert. Thèse cit., p. cit.

(2) Ripert. Thèse citée, loc. cit.

tion. Comment cela est-il possible ? Parce que nous savons que les auteurs exigent, comme condition d'une obligation d'agir, l'existence d'un texte spécial de loi. Ce qui n'empêche pas M. Capitant d'écrire : « le propriétaire est tenu des conséquences dommageables de son inaction, car, ici encore, on peut dire que c'est lui qui a causé le dommage. » (1) « Car ici encore... » : il semble que M. Capitant écrive ces mots après une hésitation.

Comme l'a montré M. Ripert, il n'y a pas d'obligation légale, pour le propriétaire, de détruire le gibier. C'est pour cela que la jurisprudence n'est pas fixée d'une façon certaine sur la responsabilité du propriétaire. Elle cherche quelquefois la responsabilité du propriétaire dans un acte positif, comme c'est le cas pour un propriétaire qui a fait garder sévèrement son domaine, ce qui a empêché les voisins de détruire eux-mêmes le gibier (2).

Quand elle invoque « le fait positif », la jurisprudence ne précise pas en quoi consiste ce fait. La jurisprudence parle très souvent d'un « abus de droit » de la part du propriétaire. Où est l'abus ? M. Demogue (3) ne le voit pas dans ce fait, que le propriétaire d'un terrain de chasse ait relevé tous les délits, commis par ceux qui voulaient chasser sur son terrain. Le fait de garder sévèrement son terrain peut constituer une faute. En effet on a le devoir de détruire activement le gibier. Laisser s'accroître le gibier est une faute, même si on y arrive par ce moyen licite consistant à le faire garder. Au fond, on glisse insensiblement, par l'intermédiaire de

(1) Revue critique 1900(p. 237-238.

(2) Req. 26 Février 1901 (S. 1901-1-232). Req. 22 Mai 1901 (S. 1901-1-280). Req. 27 Mars 1898 (S. 1899-1-231). Req. 18 Avril 1901 (Gaz. Trib. 1901, 2^e sem. 1-141)

(3) Op. cit., V p. 287.

cette idée, vers la responsabilité objective : la faute est dans le fait de laisser le gibier se multiplier, même si cela dérive d'un moyen licite. « C'est la faute dans le résultat ».

28. Nous croyons que la jurisprudence parle d'abus de droit, uniquement parce qu'elle n'a pas trouvé un texte prévoyant l'obligation pour le propriétaire de détruire le gibier. Elle a employé cette formule large pour arriver à imputer la responsabilité au propriétaire pour inaction. Car au fond, il y a « fait de la nature », qui ne peut être reproché au propriétaire que si on admet qu'il est tenu de modifier ce fait. C'est pour cela que la jurisprudence invoque la faute consistant dans le fait d'omission. Le propriétaire est coupable de ne pas avoir défoncé les terriers (1) ; il est encore responsable pour avoir laissé subsister des ronceraies impénétrables (2). Un propriétaire est tenu de chasser son gibier ; autrement il est responsable de la multiplication des animaux (3).

On admet donc la responsabilité du propriétaire pour des faits négatifs, du moment que ces faits sont la cause du dommage. « Il ne suffit pas de ne pas attirer le gibier ; on est tenu d'employer tous les moyens nécessaires pour prévenir le dommage qui pourrait résulter du nombre excessif des animaux » (4).

L'explication qu'on donne pour motiver les arrêts qui

(1) Req. 21 Oct. 1895 (S. 1896-1-12). Req. 3 Juin 1895 (S. 1886-1-64). Req. 22 Oct. 1901 (D. P. 1901-1-526). Req. 8 Juillet 1901 (S. 1902-1-87). Req. 26 Fév. 1901 (S. 1901-1-232). Req. 22 Mai 1901 (S. 1901-1-380). Civ. 10 Déc. 1917 (S. 1920-1-211).

(2) Req. 19 Mars 1883 (D. P. 1884-1-56). Req. 22 Avril 1873 (S. 1873-1-321). Req. 14 Mars 1905 (S. 1906-1-76). Civ. Civ. 20 Oct. 1908 (S. 1908-1-528).

(3) Civ. 15 Nov. 1899 (D. P. 1900-1-549). Req. 13 Janvier 1903 (S. 1903-1-392). Req. 4 Janv. 1906 (S. 1900-1-192). Req. 19 Février 1923 (Gaz. Pal. 1923-1-693). Trib. Nivelles 15 Juin 1906 (J. T. 1906-II-78). Req. 19 Lct. 1914 (D. P. 1916-1-108).

(4) Demogue op. cit, p. 295. En ce sens : Civ. 17 Janv. 1891 (S. 1891-1-64).

établissent la responsabilité du propriétaire, est purement théorique, du moment qu'on reconnaît que la faute est à la base de toute condamnation. Si on appuie sur le fait de la trop grande quantité du gibier qui est anormale, on reconnaît par là l'existence d'une faute négative : le propriétaire n'a rien fait pour éviter d'occasionner un dommage à autrui. La faute qu'on lui impute est une faute d'abstention. M. Demogue estime qu'il faut adopter dans cette question une conception objective de la responsabilité (1). Le système conduirait aux conséquences suivantes : le juge ne pourrait pas donner aux voisins le droit de pénétrer dans le bois pour y détruire le gibier, car il y a dans l'existence du gibier un acte licite, mais dont le propriétaire supporte le risque.

29. Nous ne croyons pas que le point de vue de M. Demogue puisse être adopté par la jurisprudence, alors que l'article 1382 reste à la base de toutes condamnations en dommages-intérêts. On trouve que le propriétaire est responsable, parce qu'il est en faute. Le système de responsabilité objective, dont parle l'éminent maître, nous conduira à l'idée d'une faute présumée. Or, cette faute est présumée seulement pour les animaux qu'on a sous sa garde ou dont on est propriétaire. Les animaux qui constituent le gibier sont jusqu'à un moment donné des « res nullius ». On ne peut davantage invoquer l'idée qu'on les a sous sa garde. Invoquant donc le principe de la responsabilité objective, M. Demogue demande qu'on applique les mêmes solutions qu'on a données, quand il s'agit d'un conflit entre voisins et un propriétaire d'usine. Dans ce cas la jurisprudence se contente de

(1) Op. cit., loc. cit.

constater qu'il y a un dommage réel, excédant la mesure des obligations ordinaires du voisinage. L'idée de faute n'est qu'accessoire (1), d'après cet auteur. Voilà pourquoi nous ne sommes pas du même avis que M. Demogue : entre le propriétaire d'une usine et le propriétaire d'une forêt, il y a une différence qui tient à la nature même de l'objet en exploitation. Un industriel qui fait une usine peut construire son usine de telle façon qu'elle ne soit pas une source de mécontentement pour ses voisins. S'il n'y a pas réussi, on fait intervenir l'idée de risque pour l'obliger à des dommages-intérêts. Mais, au fond, il dépendait du propriétaire de l'usine d'éviter les difficultés nées des relations de voisinage. Le propriétaire d'une forêt ne fait rien pour que le gibier s'accroisse ni pour empêcher l'accroissement, et c'est justement parce qu'il ne fait rien qu'il est responsable. C'est donc un fait négatif qui constitue la faute du propriétaire du bois. Comme l'a dit M. Ripert, il laisse travailler la nature : c'est du moins ce qu'on lui reproche. « Voilà donc les propriétaires non seulement obligés de s'abstenir de tout aménagement de leur chose qui nuirait à leur voisin ; mais encore forcés de modifier l'état naturel des lieux, lorsque cet état se trouve être une cause de conflit » (2).

Or, aucun texte, nous l'avons vu, n'existe pour obliger le propriétaire à faire ce qu'on lui reproche d'avoir négligé.

Ce qui n'a pas empêché la jurisprudence de trouver le propriétaire en faute : faute d'abstention, sans doute.

On comprendra le système de M. Demogue du moment

(1) Cf. Demogue op. cit. p. 296

(2) Ripert, Thèse, p. 241. Voir encore les arrêts qui rendent responsable un propriétaire de ne pas avoir fait des battues ou ne pas en avoir fait assez : Req. 4 Janv. 1899 (S. 1899-1-231). Req. 14 Mars 1905 (D. 1905-1-270). Req. 4 Nov. 1908 (Gaz. Trib. 12 Nov.) ; ou responsable pour des chasses qui n'étaient pas assez fréquentes.

où le fondement de la responsabilité sera changé. Mais du moment qu'on prend l'article 1382 comme base d'une condamnation, il faut reconnaître que le juge envisage la faute du propriétaire, comme étant incontestablement une faute d'abstention, parce que si le propriétaire a fait tout son possible pour détruire le gibier, il n'est pas condamné. Nous reproduisons à ce propos l'extrait de jurisprudence, cité par M. Demogue : « S'il est établi que le propriétaire n'a commis aucune négligence et a fait tout ce qui dépendait de lui pour détruire les lapins ; qu'indépendamment de chasses et de battues répétées, il a fait défoncer les terriers dans la limite du possible ; que non seulement il a invité le fermier des propriétés riveraines à participer le dimanche aux battues, mais qu'en outre, il l'a autorisé à se livrer en semaine, par tous les moyens permis par la loi, à la destruction des lapins, sans autre condition que celle de prévenir le garde, il n'est pas responsable. » (1) .

La faute n'est donc pas quelque chose d'accessoire dans le système actuel de la jurisprudence en cette matière. On le voit d'après le fait que si le juge ne trouve plus le propriétaire en faute, il ne le condamne pas. La responsabilité, en tout cas, ne découle pas pour la jurisprudence, comme le dit M. Demogue, de l'idée de risque, mais de celle de faute : on reproche au propriétaire de n'avoir pas fait ce qu'il devait faire.

Il faut donc conclure qu'il y a des obligations ayant un caractère positif pour tout propriétaire. Et chaque fois que le propriétaire a pris les mesures nécessaires, même si elles ont été inefficaces et s'il s'est encore produit des dommages

(1) Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 236.

à cause du gibier, la jurisprudence ne le déclare plus en faute (1).

Il s'agit donc toujours d'une faute d'abstention. Si la jurisprudence a été obligée de faire appel à la notion de « l'abus de droit », c'est justement parce qu'il n'existe pas un texte qui oblige le propriétaire à prendre les mesures nécessaires (2). Ce qui n'empêche pas le juge de rappeler au propriétaire (voir la décision ci-dessus) qu'il devrait faire telle ou telle chose.

Ce sont les nécessités pratiques qui ont créé une pareille obligation de faire entre les voisins. Il est alors difficile, croyons-nous, de soutenir qu'une obligation de faire doit toujours être prévue par une texte spécial. En tous cas l'obligation de voisinage dont nous parlons plus haut, est une création de la jurisprudence.

D'ailleurs même dans les relations de voisinage d'un industriel on retrouve l'idée d'un abus de droit quand il s'agit au fond, d'une obligation positive de faire. Prenons un exemple : La Cour de cassation (3) a motivé un arrêt à l'occasion d'un cas d'omission de la part d'un propriétaire industriel : « Attendu qu'un industriel qui, par l'exploitation de son usine, cause aux voisins un préjudice excédant de la mesure des obligations ordinaires du voisinage, est en faute s'il néglige les précautions qu'il y aurait lieu de prendre pour prévenir ces inconvénients ; d'où il suit qu'en déclarant le contraire, l'arrêt attaqué a violé

(1) Req. 16 Janv. 1889 (D. 1889-5-406). Trib. Tournay 19 Mars 1885 (Pas. 1885-1-154). Trib. Namur 5 Février. 1874 (Pas. 1875-2-104). Trib. Falaise. 9 Fév. 1860 (D. P. 1860-3-32).

(2) L'article 1906 du code civil espagnol précise : « Le propriétaire d'une chasse répondra du préjudice causé par le gibier aux fonds voisins, lorsqu'il n'aura pas fait le nécessaire pour empêcher sa multiplication, ou lorsqu'il aura empêché les propriétaires de ces fonds de le chasser comme ils voulaient »

(3) 18 Février 1907. (D. P. 1907-1-385).

l'article 1382 du Code Civil ». Ce caractère d'obligation de faire est souligné par M. Duguit : « Cette jurisprudence admet sans aucune hésitation l'existence d'obligations positives s'imposant au propriétaire » (1).

M. Saleilles a, lui aussi, insisté sur la responsabilité provenant des obligations de voisinage. L'abus de droit est la conséquence de l'exercice anormal d'un droit de propriété qui nuit à autrui par suite du manque des précautions imposées par certaines circonstances (2).

On nous dit que le principe d'une propriété absolue a un caractère individuel et qu'il doit s'effacer devant un autre principe ayant un caractère plus social : la faute (3). En adoptant ce point de vue on reconnaît presque toujours une obligation de faire à la charge du propriétaire parce que la faute dans les relations de voisinage est — d'après la jurisprudence — une faute d'omission.

On verra plus loin, comment la jurisprudence apprécie si quelqu'un a agi dans les limites de ses droits. On fait intervenir l'idée du « bon père de famille » pour voir s'il a pris toutes les précautions nécessaires. Si il ne l'a pas fait, sa faute est une faute d'abstention. Or, dans la plupart des cas qui se sont présentés devant les juridictions, on a cherché à dégager le caractère fautif de l'exercice d'un droit de propriété par rapport à ce qu'aurait fait un bon père de famille. Combien de fois le propriétaire n'a-t-il pas été trouvé en faute pour avoir omis de prendre des précautions qui auraient pu éviter le dommage à son voisin ? Il s'agit

(1) « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon ». Sur l'idée d'une obligation de faire d'après la conception de M. Duguit, nous reviendrons dans notre deuxième partie.

(2) *Théorie de l'obligation* 1^{re} éd., p. 346.

(3) Voir Capitant « Les obligations entre voisins », *Revue Critique* 1900 pp. 156 et 228.

comme nous le disons plus haut d'une faute d'abstention (1). M. Demogue nous dit : « Chacun peut faire chez lui un travail industriel nuisible au voisin. Mais il doit du moins prendre les dispositions nécessaires pour causer le moindre dommage » (2).

Avant de faire appel à l'idée d'abus de droit, on peut résoudre la question, en envisageant la faute d'omission. Le propriétaire est tenu d'accomplir certains actes, pour cette raison que deux voisins ne peuvent se considérer comme absolument étrangers l'un à l'autre.

À côté des obligations légales prévues par un texte spécial, il y a certaines obligations de faire imposées par les relations normales qui doivent exister entre deux personnes voisines l'une de l'autre.

(1) Civ. 27 Nov. 1844 (S. 1844-1-811) ; Dijon 10 Mars 1865 (D. 1865-2-144) ; Trib. Marseille 10 Mars 1905 (D. 1905-5-16) ; Bruxelles, 29 Mai 1867. (Pandectes belges 1907-744) ; Trib. Marseille, 10 Mars 1905 (D. 1905-5-38) ; Nancy, 13 mars 1909 (S. 1909-2-166) ; Civ. 30 Juillet 1918 (D. 1919-1-39).

(2) Op. cit. IV p. 405.

CHAPITRE III

DU DEVOIR DE PARLER

30. Le silence, une des formes de l'abstention. — 31. Responsabilité pour silence : théories de MM. Valéry et Demogue. — 32. Des cas où la Jurisprudence assimile le silence à la parole. — 33. Y a-t-il dol par silence ? — 34. Ce qu'on peut dégager de la Jurisprudence. — 35. L'opinion de M. Saleilles. — 36. Les articles 1645 C. Civ. et 348 C. Com. — 37. Le caractère de la réticence dans les assurances, d'après la Doctrine et la Jurisprudence — 38. L'intérêt d'agir.

30. Une des formes de l'abstention est le silence. Comme le dit M. Jean Barrault (1) : « Le silence, c'est le fait de ne pas parler, ou plus généralement, c'est le « non faire ».

L'individu est-il maître de lui, de telle façon qu'il puisse dire qu'il a le droit de s'abstenir, par exemple de ne rien faire ou de se taire ? Considérant — comme nous l'avons dit plus haut — « qu'un acte est toujours positif ou négatif par rapport à quelque idée d'acte » (2), nous arrivons à la conclusion que le silence, ayant sa source dans une décision de la volonté, peut être quelquefois assimilé à l'action. M. Pacchioni (3) dit que l'homme a une foule de devoirs envers ses semblables : tantôt celui de se taire, tantôt au contraire

(1) « Essai sur le rôle du silence » — Dijon 1912, p. 5.

(2) Perozzi — « Rivista di diritto commerciale » 1906. I p. 510.

(3) « Rivista di diritto commerciale » 1906, p. 5

celui de parler. « En un mot — dit M. Pacchioni — l'individu qui vit dans la société n'est maître, ni de lui-même, ni de ses propres actes, ni de son propre silence. Il ne peut pas dire publiquement tout ce qui lui vient à l'esprit, non plus toujours se taire, comme si le monde extérieur n'existait pas pour lui. Il se trouve enveloppé dans le réseau des rapports sociaux et dans les engrenages de la vie commerciale, si bien qu'il ne peut se complaire à toujours être ou sembler être un sphinx ».

En commentant ces lignes, M. Demogue (1) reconnaît que, dans certains cas, l'homme a le devoir de parler. « S'il ne le fait pas, il commet alors une faute, dont il doit répondre, et la réparation peut être de considérer qu'il y a eu de sa part une certaine volonté ».

31. L'inaction peut donc être assimilée à l'acte positif. A ceux qui disent qu'il n'y a jamais obligation de parler (2), on répond qu'il y a là un raisonnement bien étroit que de ne tenir « aucun compte des nécessités pratiques » (3).

En France, c'est surtout M. Valéry qui a soutenu l'obligation qu'a un destinataire de répondre à une offre qu'on lui adresse. Dans son ouvrage « Contrats par correspondance », M. Valéry écrit : « le destinataire d'un offre, même s'il ne l'a pas acceptée, a fait naître par son inaction, dans l'esprit de l'offrant, la supposition qu'il y a adhésion. Or, je crois avoir démontré que, si l'offre était sérieuse, cette supposition est légitime et bien fondée » (4).

L'obligation de répondre « n'est pas seulement imposée

(1) Obligations, Tome I, page 301.

(2) Coriello « Dir. civ. italiano », I, p. 342.

(3) Demogue, op. cit., loc. cit.

(4) Valéry « Contrats par cor correspondance » page 97 et suivantes.

par les convenances sociales ; elle dérive aussi de cette considération que le défaut de réponse pourrait porter préjudice au sollicitant par suite de l'incertitude où il serait laissé pendant quelque temps » (1).

Dans le cas d'un préjudice subi par l'inaction du destinataire, l'auteur admet que l'offrant a le droit de réclamer la réparation au négociant qui n'a pas répondu à sa lettre et cela en vertu du principe établi par les articles 1382 et 1383 du code civil.

Peut-être y a-t-il une exagération dans la théorie de M. Valéry, surtout que dans sa théorie, il indique, comme source de l'obligation, l'article 1135 — code civil — aux termes duquel les deux parties doivent se soumettre « à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Or, cette interprétation de M. Valéry (2) suppose que la convention est déjà formée entre les parties, ce qui n'est pas vrai en réalité. En tout cas l'usage impose d'envoyer une réponse « aux personnes avec qui on est en rapports suivis d'affaires » (3).

32. Sauf MM. Valéry et Demogue, qui se montrent favorables à l'idée qu'il y a une obligation générale de répondre, la majorité de la doctrine française limite cette obligation à des cas bien rares.

Spécialement on reconnaît cette obligation :

a) quand il s'agit de relations de personnes en rapports d'affaires ;

(1) Valéry, op. cit., loc. cit.

(2) Op. cit., page 143.

(3) Demogue op. cit., loc. cit. ; Collin et Capitant T. 2, 4^e éd., p. 275.

b) quand il s'agit de clauses insérées dans une facture.

« En matière commerciale, on admet qu'un commerçant qui ne proteste pas contre une facture est censé l'avoir acceptée » (3). Un commerçant envoie à un autre une facture spécifiant une condition qui n'a pas été posée au moment de la formation du contrat. Par le fait de ne pas avoir protesté, le commerçant auquel on a envoyé la facture est considéré comme acceptant les conditions.

Ici l'abstention de celui qui n'a pas répondu est assimilée à une action. S'il avait voulu d'autres conditions, il n'aurait eu qu'à le déclarer.

C'est, dans des cas rares, qu'on applique l'idée qu'on attribue au silence l'effet de la parole.

Dans un arrêt du tribunal de commerce de Nantes (2), on trouve l'idée que le silence, gardé par le destinataire d'une lettre, doit être considéré comme comportant adhésion aux propositions contenues dans cette lettre.

Dans ces cas rares, où on assimile le silence à une manifestation de la volonté, on reconnaît implicitement que l'effet d'une abstention est identique à l'effet d'une action.

La Cour de Cassation (3) a estimé qu'une personne qui se présente à la barre et qui garde le silence, à l'occasion d'une déclaration de désistement de son avoué, consent à cette déclaration par son silence.

Il y a d'ailleurs plusieurs articles dans le code civil, qui prévoient que l'abstention produit des effets (4).

(1) Planiol et Ripert, T. 2, 10^e éd., p. 353.

(2) 19 Mai 1906 (D. P. 1906-2-313) (note de M. Jules Valéry).

(3) Req. 21 Juillet 1915 (S. 1916-1-40).

(4) Un héritier « ab intestat » qui n'accepte pas l'héritage est considéré, après trente ans, comme ayant renoncé; les articles 1456, 1459 et 1466 en matière de communauté admettent une présomption d'acceptation en cas de silence; une autre renonciation est présumée, en matière de divorce ou séparation de corps, par l'art. 1463.

Entre le silence qui produit des effets et l'abstention fautive, il y a cette relation, que la personne qui ne veut pas reconnaître l'effet de son silence est tenue de le respecter, parce que si elle avait voulu un changement de situation ou de condition, elle n'aurait eu qu'à le dire. Elle s'est abstenue : cette abstention est fautive. La vie pratique demande l'assimilation du silence à l'action.

On peut aller plus loin encore et dire que toutes les fois qu'une personne a le devoir d'agir, elle est non seulement en faute, mais elle commet, par son abstention, une fraude, du moment que cette abstention avait pour but de tromper autrui.

Il peut y avoir des cas où une personne est en faute par le simple fait que, connaissant une situation déterminée, elle avait l'obligation de la révéler à autrui. Nous allons nous occuper de ces cas, quand nous discuterons *la réticence*.

Voici maintenant un arrêt qui est différent des autres, en ce qui concerne la responsabilité pour silence. Un arrêt de la Cour de Douai a donné une solution, qui est différente de la solution classique. La responsabilité pour silence y ressort d'une façon beaucoup plus nette.

Un courtier transmet par lettre à un vendeur une commande de bois. Celui-ci adresse ensuite à l'acheteur des lettres confirmatives et une facture, et expédie la marchandise. L'acheteur, qui avait gardé le silence, refuse l'envoi.

La Cour de Douai trouve que le vendeur n'a pas réussi à faire la preuve du marché ; que donc, la convention n'existe pas d'une façon certaine. « Mais — dit l'arrêt — en ne répondant pas à ces lettres et factures, l'appelant a commis une faute qui a causé un préjudice au vendeur, et dont

il doit réparation. S'il avait averti qu'il refuserait la marchandise, le vendeur ne l'aurait pas expédiée ou l'aurait fait revenir en cours de route, et n'aurait pas été tenu de payer les frais de transport » (1). L'acheteur a été condamné à la majeure partie des dépens.

M. Demogue estime que « cet arrêt ouvre une voie nouvelle, quant à l'effet juridique du silence » (2).

L'importance de cet arrêt est vraiment considérable, puisqu'on a condamné quelqu'un pour son silence sans qu'auparavant cette personne ait eu des relations d'affaires avec la personne qui a envoyé les marchandises. De l'avis de M. Demogue, le terrain du débat est différent, si on le compare à la jurisprudence précédente, parce que la Cour de Douai déclare que c'est une faute de ne pas prévenir celui qui considère un contrat comme conclu et annonce un envoi — qu'il ne doit pas compter sur une acceptation de la marchandise envoyée.

Les théoriciens qui admettent l'existence de l'obligation pour une personne de répondre basent leur renseignement sur l'idée, en vertu de laquelle on doit concéder, même aux étrangers, tout ce qu'on peut leur accorder, sans subir soi-même un dommage ou une gêne.

Pacchioni, dont nous avons parlé plus haut, dit que la solidarité oblige un commerçant à parler toutes les fois que cela est nécessaire, pour dissiper dans l'esprit des tiers une sérieuse conviction, déduite du silence du destinataire de l'offre. Cet auteur exagère peut-être, quand il écrit qu'en admettant la thèse ci-dessus « on pourra ouvrir la voie à une

(1) 3^e chambre 30 Novembre 1926 Jur. Douai 1927, 58.

(2) Revue Trimestrielle 1927 p. 422.

casuistique féconde en résultats et préparer le terrain à une formule de conciliation entre les intérêts individuels et les exigences de la vie sociale qui est la nôtre, toute empreinte d'un esprit d'humaine solidarité » (1).

Nous n'allons pas si loin que l'auteur italien. En tout cas, il faut reconnaître qu'il y a un devoir de répondre à une autre personne, du moment qu'on se trouve en présence d'une offre sérieuse qui autorise son auteur à défaut de réponse, à croire à une acceptation.

33. La réticence constitue-t-elle un délit ? Laurent répond : « oui, quand celui qui garde le silence sur un fait était obligé de le déclarer ; non, s'il n'y était pas obligé » (2).

Laurent cite le cas suivant : en reconnaissant un enfant naturel, les parents lui font une donation. C'était une fille adultérine : elle se marie et, après la mort de son père, elle se présente à sa succession ; sa mère, héritière, lui oppose sa qualité d'enfant adultérin et fait réduire la libéralité à une prestation alimentaire. Le mari de l'enfant, ainsi répudiée et humiliée par sa mère, réclama des dommages-intérêts, alléguant qu'il avait été trompé par les parents de sa femme sur l'état-civil de celle-ci. La Cour de Caen a jugé qu'il n'y avait pas lieu à des dommages-intérêts, parce que, « au moment de la célébration de son mariage, le plaignant ne justifie pas qu'aucune manœuvre frauduleuse ait été pratiquée pour le tromper sur l'état-civil de sa future femme, et qu'il a à se reprocher de n'avoir pas pris les renseignements suffisants » (3).

(1) Pacchioni op. cit. p. 30.

(2) Laurent op. cit. No 389 p. 410.

(3) D. P. 1855-1-54

La Cour de Cassation confirme le premier jugement disant que des constatations de l'arrêt, « il résulte que s'il y a eu, d'un côté, réticence, il y a eu, de l'autre, imprudence, par conséquent faute réciproque, et que, quand il y a faute, tant de la part de l'auteur du fait dommageable que de la part de celui à qui ce fait a causé un préjudice, la question de responsabilité est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Pour ces motifs rejette, etc... » (1).

Le silence est généralement considéré par la jurisprudence comme ne pouvant pas avoir le caractère d'un dol. On trouve même certains cas dans lesquels le fait de ne pas révéler certaines choses est expliqué par la jurisprudence de la façon suivante : Il est, en effet, de l'essence de ce contrat (contrat de révélation de succession ou pour le recouvrement d'une créance, dont le bénéfice doit être ensuite partagé) que le révélateur ne déclare point avant l'engagement, soit la créance, soit le moyen qu'il a de se faire payer ; cette réticence est une nécessité de la situation, puisqu'en livrant son secret avant le contrat, le révélateur compromettrait évidemment ses intérêts (2).

Pour qu'il existe dol de la part d'un individu, il faut une action. Le silence ne suffit pas, soutient, dans divers cas, la jurisprudence (3).

Il y a un intérêt pour tout le monde à ne pas révéler certaines choses, qui échappent à l'autre partie, au moment où on traite avec elle (4).

(1) Req. 12 Décembre 1854 (D. P. 1855-1-54).

(2) Req. 12 Janvier 1863 (D. P. 1863-1-302).

(3) Rouen 13 Juin 1887 sous Cass. 9 Juillet 1888 (S. 1889-1-361). Cass. civ. 17 Février 1874 (S. 1874-1-249). Lyon 30 Juillet 1909 (Mon. Jud. Lyon 19 Août 1918).

(4) Très souvent le devoir de parler est en conflit avec l'obligation du secret professionnel. Le médecin, par exemple ne peut pas révéler certaines maladies à cause de l'obligation qu'il a de ne pas violer le secret de sa profession. (En ce sens Paris 1902, IV-27). Voir en sens contraire l'arrêt Dijon 14 Mai 1868. (Rec. gén. des arrêts de France, 1869-1-97).

34. Mais il y a certains cas, où la loi elle-même intervient, pour déclarer qu'il faut parler. La réticence n'est plus une excuse. Elle a un caractère d'une certaine gravité.

C'est ainsi qu'en matière de cession de droits successifs, l'article 889 (code civil) admet qu'il y a fraude « lorsque l'une des parties, le cédant ou le cessionnaire, connaissait au moment de la cession, l'état de l'hérédité, la consistance de l'actif et du passif ; tandis que l'autre l'ignorait » (1). Du moment qu'une des parties connaît la situation, elle a l'obligation de la révéler à l'autre partie.

Le tribunal de Lyon a trouvé qu'une personne, pourvue d'un conseil judiciaire, n'est pas tenue de le déclarer et « qu'on ne peut pas lui reprocher d'avoir gardé le silence sur l'incapacité civile dont elle est atteinte » (2).

M. Demogue (3) estime qu'il ne faut pas soutenir que le silence ne peut jamais constituer un dol.

La jurisprudence admet aussi qu'il y a un devoir de parler, dès que les circonstances sont de telle nature que celui qui contracte avait une obligation absolue de parler. Dans une pareille situation, le silence est assimilé aux manœuvres actives.

Surtout lorsque le silence est accompagné de certains faits actifs, il est jugé coupable (4).

La Cour de Cassation (5) trouve qu'il y a dol par réti-

(1) Demolombe Tome 17, p. 544 ; Voir encore Aubry et Rau, VI, page 626 note 18 ; Hue 5 No 468 ; Laurent 10 No 494 ; Bufnoir p. 628 ; Baudry et Wahl III No 3.489 et 3.490 ; Commet de Santerre 3.234 bis-2 ; Demogue T. L. p. 651.

(2) D. P. 1884-2-89. Arrêt confirmé par la Cour de Lyon, le 9 Juin 1883. Voir encore les cas où on ne trouve pas qu'il y a dol dans le fait de ne pas avoir révélé certains faits : Trib. civ. Auxerre 30 Décembre 1881 (Gaz. Pal. 1833-1-506) Trib. Seine 31 Janvier 1900 (Gaz. Trib. 1900-2-2-37) Dijon 5 Juin 1896 (Gaz. Pal. 1896-2-540) Cass. civ. 31 Mars 1856 (S. 1856-1-643).

(3) Demogue I op. cit. loc. cit.

(4) Req. 6 juin 1894 (S. 1897-1-124).

(5) Req. 1833-1-95f. On peut encore citer l'arrêt qui trouve qu'il y a dol « si une personne commettant une erreur sur la qualité d'une autre, celle-ci au cours d'une conversation de plusieurs heures ne fait rien pour la détromper » (Grenoble, 24 avril 1894. Gaz. Pal. 1894-2-103).

cence lorsqu'une personne connaissant le mauvais état des affaires d'une autre, ne l'a pas déclaré, gardant le silence pendant la conclusion du contrat. La Cour de Cassation approuve l'arrêt « qui a dit que le silence constituait un dol au moins par réticence ».

On cite encore le cas d'une personne qui a un cheval vicieux, qui pour cette raison « lui a été déjà rendu deux fois par des acheteurs et, si elle le vend de nouveau, il y aura dol dans le fait d'avoir, dans ces circonstances, dissimulé avec soin l'existence du vice » (1).

35. Quelquefois, on peut considérer dans la réticence, touchant certains faits, qu'il y a dol. Il peut y avoir des circonstances où l'obligation de parler s'impose. Il faut toujours admettre, qu'à la base des négociations, les parties se doivent une certaine loyauté. M. Saleilles (2) dit que pour qu'il y ait dol, il suffit d'une erreur qui ait été causée intentionnellement par le fait de l'auteur du dol, soit par des manœuvres positives, ou même « en empêchant la vérité de se révéler, ce qui eût impliqué une attitude purement négative ».

Pour cet auteur, il y a des circonstances qui obligent une partie à dissiper l'erreur que l'on sait exister dans l'esprit de l'autre partie (3).

Le raisonnement est ici encore bien simple : ce n'est pas moi qui ai fait naître l'erreur dans l'esprit de l'autre partie ;

(1) Cass. civ. 17 février 1874 (S. 1874-1-240). Voir encore Trib. com. Bruxelles, 20 Novembre 1901. (Journ. Trib. 1902-322).

(2) De la déclaration de volonté, p. 54, n° 6.

(3) On a jugé qu'il y a faute d'omission lorsque les parents se sont abstenus de prévenir le fiancé de leur fille de sa filiation adultérine. (Amiens 15 fév. 1873 sous Amiens 27 juin 1877 (S. 1879-2-229) ; Caen, 18 fév. 1854, Cass. 12 déc. 1854 (D. P. 1855-1-54). Voir encore Cass. 18 Août 1829 (Dalloz Répertoire alph. V Responsabilité n° 192, note 1).

si sa croyance était erronée, je n'en suis pas la cause. Rien donc ne m'oblige à parler. Il n'y a pas un fait positif qui prouve de ma part un dol. Je me suis abstenu tout le temps pendant les négociations.

Or, nous croyons que ce raisonnement est surtout spécieux. Si une des parties n'a pas, par des actes positifs, fait naître une certaine conviction dans l'esprit de l'autre, elle s'est néanmoins rendue compte de l'erreur dans laquelle cette autre partie était tombée ; elle est donc en faute pour avoir laissé persister cette conviction erronée. La faute n'est pas causale ; mais elle le devient par le fait de persister à laisser croire à autrui ce qui n'était pas la vérité. Saleilles précise son point de vue dans ces termes : « Si des rapports existant entre les parties, ou si même, de la nature du contrat, ou des circonstances dans lesquelles il se conclut, il dût résulter qu'il y aurait obligation de la part de la partie qui s'aperçoit de l'erreur de l'autre à la lui révéler, de telle sorte que cette dernière dût s'attendre à être mise en garde par elle contre toute chance d'erreur relativement au contrat, le fait de ne pas l'avoir avertie constituerait un fait de dol suffisamment caractérisé » (1).

On a vu, d'ailleurs, plus haut, que c'est ce point de vue qui pénètre de plus en plus dans la jurisprudence. L'homme peut être en faute pour ne pas avoir pris l'initiative de parler, quand cela lui était imposé par les circonstances.

Le fait de cacher certaines choses, qui sont importantes et doivent être connues par les parties, constitue une abstention dolosive. Saleilles reproduit l'exemple de Cosack : A... vend à B..., à un prix fort élevé, un billet de théâtre pour

(1) Op. cit. p. 55

une place qu'il sait être mauvaise ; B... croit la connaître mais, sans avoir provoqué sur ce point une explication de la part de celui qui vend le billet. Ce dernier, pour ne pas l'avoir averti, n'a pas commis un dol au sens de l'article 123. Mais que l'on suppose qu'il soit question d'établir un marché dans une ville, et que ce projet produit la hausse du prix des maisons. M... achète une maison qu'il paie fort cher, et son vendeur N... est le président du comité chargé de l'établissement du marché. Or, il se trouvait que ce projet avait été définitivement abandonné la veille, et N... n'en avait rien dit à l'acheteur : c'est un dol au sens de l'article 123 (1).

Du moment que l'élément de la matérialité du dol est aussi important que l'intention dolosive, pourquoi attacher une importance trop grande au premier élément et ne pas chercher la faute dans l'intention même ? Il y a vice de consentement, du moment qu'une des parties n'eût pas contracté, si elle avait su la vérité sur certains points. Pourquoi différencier les manœuvres positives de celles produites par le silence ?

Sauf les cas cités, où la loi est intervenue pour dire qu'il y a faute pour ne pas avoir déclaré certaines choses connues, l'article 1645 du code civil met une obligation à la charge d'un vendeur de déclarer les vices connus de la chose en vente. Et s'il ne le fait pas, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur.

On voit, ici, que le législateur a imposé d'une façon catégorique l'obligation de parler au vendeur. Il faut ajouter que le seul silence suffit pour qu'il y ait faute d'abstention :

(1) Cf. Cosack : Le manuel de Cosack sur le code civil, p. 214.

s'il s'y ajoute des manœuvres frauduleuses, alors c'est l'article 1116 qui entre en jeu.

37. En matière d'assurance, l'article 348 du code de commerce prévoit que : « Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré qui diminuerait l'opinion du risque ou en changerait le sujet, annulent l'assurance. L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de la chose assurée ».

Voilà un article qui introduit directement le problème de la responsabilité pour réticence dans les contrats d'assurance. Pourquoi le législateur a-t-il fait entrer cette responsabilité dans le contrat d'assurance ? Quelques auteurs ont fait remarquer que l'assurance est un contrat de la meilleure bonne foi, que c'est pour cela que la plus grande confiance doit exister à la base (1). On peut répondre que la loi ne spécifie jamais l'existence d'un pareil contrat. Ce sont les Romains qui avaient, à la base de la distinction en matière contractuelle, la division des contrats, d'après la bonne foi.

Une discussion importante s'est élevée pour savoir si, pour qu'il y ait réticence d'après l'article 348, il faut que l'auteur d'une fausse déclaration soit de mauvaise foi.

On a soutenu que l'article 348 doit être appliqué, même lorsque l'assuré, sans aucune intention frauduleuse, par suite de négligence ou de sa propre ignorance, a commis une omission (2).

A un autre point de vue, on a soutenu que lorsqu'il s'agit d'un vice que l'assuré lui-même ne connaissait pas, la nullité

(1) Cf. Thaller, Bulletin de la Société d'études législatives, 1906, p. 31.

(2) Voir Lyon-Caen et Renault, Cours de droit commercial II, n° 2264, qui invoquent à l'appui de leur opinion Pardessus et Emerigon.

cesse d'être encourue. La réticence ne peut lui être opposée que lorsqu'elle est intentionnelle (1).

Massé (2) donne une solution qui se rattache à la pratique. Pour lui, il faut distinguer l'erreur simple et l'erreur par le dol.

Une réticence cela veut dire : « une omission volontaire d'une chose qu'on devrait dire » (3).

Or, du moment que l'assuré a fait une fausse déclaration sans le vouloir — parce que lui-même ne savait pas quelle était la vérité — il faut autoriser l'assureur à faire réduire l'assurance jusqu'à concurrence de la véritable valeur des objets mis en risque. L'article 348 ne sera donc applicable que dans le cas où on se trouve en présence d'une déclaration faite par dol et dans le dessein de tromper l'assureur. Ce sont ces éléments qui font annuler l'assurance.

D'ailleurs, si on lit le deuxième paragraphe du texte donné ci-dessus, on voit que l'annulation est prévue même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré. Il faut donc voir, dans l'esprit de l'article, une peine édictée contre celui qui est de mauvaise foi. On ne peut punir quelqu'un qui n'a à se reprocher ni son abstention, ni même la moindre négligence.

MM. Planiol et Ripert (4) estiment qu'il n'est pas nécessaire que la fausse déclaration soit frauduleuse ; la nullité est encourue même par l'assuré de bonne foi (5).

Pothier (6) distingue deux cas : celui où une partie ne

(1) Thaller et Percerou « Droit commercial », p. 868.

(2) Massé, « Droit commercial », T. 3, n° 1511.

(3) Voir la Grande Encyclopédie.

(4) Planiol et Ripert, T. 2, 10^e édition, p. 724.

(5) Voir, en ce sens Cass. 27 janvier 1845 (D. P. 1845-1-124).

(6) Contrat d'assurance n° 199.

dit pas ce qui est (réticence), et celui où elle dit ce qui n'est pas (fausse déclaration).

Si elle ne savait pas quelque chose, la partie n'est pas coupable de ne l'avoir pas dit, surtout quand elle n'a rien dissimulé par intention dolosive. Dans le deuxième cas, celui de la fausse déclaration, la partie est tenue, du moment que par cette déclaration elle a induit l'autre partie en erreur. Donc pour cet auteur, le fait de ne pas faire une déclaration, parce qu'on ne savait pas qu'on avait quelque chose à déclarer, n'est pas une faute d'abstention. Mais cette faute existe du moment qu'on a donné des relations qui étaient fausses.

Pour conclure, nous dirons que les parties ne doivent pas se considérer comme étrangères l'une à l'autre.

Comme le dit M. Ripert, l'article 348 a son origine dans le principe général d'équité qui oblige que chacun répare le dommage causé par sa faute (1). Il faut en même temps reconnaître que la personne qui est de bonne foi en ne déclarant pas quelque chose qu'elle-même ne savait pas, ne doit pas subir les conséquences de l'article 348 qui punit la réticence en matière d'assurance.

Si l'assureur peut faire la preuve que, dans sa déclaration, l'assuré a montré une négligence ou une imprudence grave, on pourra parler d'une déchéance encourue par ce dernier. La loyauté doit être à la base de toute convention ; mais alors c'est à l'assureur de prouver la mauvaise foi de celui qui doit subir les conséquences de sa faute. Quelquefois la preuve d'une erreur grossière sera contenue dans les circonstances — mêmes ou la nature de l'assurance.

(1) Ripert. *Droit Maritime*, III, n° 2417.

La jurisprudence n'est pas fixée sur la question.

En matière d'assurances maritimes, on admet d'une façon non douteuse que la nullité est encourue, non seulement dans le cas où l'assuré a été de mauvaise foi, mais alors qu'il a été de bonne foi, croyant qu'il s'agissait d'un fait sans importance et même s'il a ignoré l'existence de ce fait.

Dans ce cas, dit-on, la nullité est la conséquence non pas du dol de l'assuré, mais de l'erreur dont l'assureur a été victime (1).

L'erreur porte sur une partie constitutive du contrat et nous ne voyons plus la nécessité de faire appel à l'article 348 qui parle de réticence.

Pour les assurances terrestres, la jurisprudence décide quelquefois qu'il ne faut pas appliquer l'article 348 dans le cas où l'assuré est de bonne foi (2). Mais la plupart des arrêts se prononcent pour la déchéance (3).

On fait, croyons-nous, avec raison le reproche aux compagnies d'assurances d'accepter sans difficulté les déclarations de l'assuré, alors qu'ensuite elles se montrent extrêmement rigoureuses, quand la mort survient, pour rendre ainsi caducs la majorité des contrats.

Presque tous les arrêts demandent comme condition de la nullité du contrat d'assurance, que le fait omis soit de nature à modifier l'opinion du risque (4).

Mais quelquefois la jurisprudence admet l'annulation, même lorsque l'assuré a été visité par un médecin de la

(1) Cf. Colin et Capitant T. 2, p. 675.

(2) Paris 30 janvier 1880 (D. P. 1881-2-236). Paris 7 janvier 1881 (D. Sup. T. I, p. 837, Note 1).

(3) Civ. 30 mars 1892 (D. P. 92-1-295) pour l'assurance contre l'incendie; Paris 17 Fév. 1881 (S. 1882-2-25) note de M. Labbé. Civ. 22 Nov. 1911 (Gaz. Pal. 22 Déc. 1921) pour l'assurance sur la vie.

(4) Req. 14 Nov. 1905 (S. 1908-1-235); Req. 6 Juin 1910 (D. P. 1912-1-191). Req. 20 juill. 1908 (D. P. 1909-1-56).

compagnie et que son avis sur l'état de santé de l'assuré a été favorable (1).

Plusieurs auteurs protestent contre cette jurisprudence draconienne, qui donne l'impression que l'assurance sur la vie ne procure qu'une sécurité trompeuse (2).

Il faut dire qu'on a donné à la réticence en matière d'assurance un caractère trop étendu. Comme nous l'avons démontré plus haut, réticence dans le sens courant, cela veut dire toute omission volontaire. Nous allons plus loin, demandant à l'assuré qu'il ait toute la diligence requise au moment où il fait ses déclarations ; mais l'obligation de faire parler quelqu'un, sur ce que lui-même ne sait pas, sur ce qui peut être l'œuvre d'un spécialiste, comme c'est le cas pour un expert, nous apparaît trop lourde.

L'omission peut exister aussi de la part de l'assureur. Supposons que ce soit l'agent de l'assureur qui rédige la police d'assurance, après avoir visité les lieux qui sont assurés contre l'incendie, par exemple. S'il a omis de signaler quelque chose, on peut dire que l'omission est alors imputable au préposé de l'assureur et non plus à l'assuré. Dans ce cas, la jurisprudence décide que l'assureur ne peut plus se prévaloir du défaut de déclaration (3). Nous ne comprenons pas pourquoi on n'étend pas cette interprétation au cas où c'est le médecin de la société d'assurance qui a fait les cons-

(1) Paris 12 Février 1878 (D. P. 1878-2-58) ; on admet la nullité même quand le décès prématuré de l'assuré n'a pas été la suite de l'affection qu'il avait dissimulée. (Rouen 21 janvier 1876. D. 77-2-126).

(2) Voir Planiot et Ripert, 2, p. 733, note 2.

La jurisprudence applique quelquefois l'article 1184 du code civil dans le cas où il s'agit d'une simple erreur. (Civ. 30 Mars 1892-1-295 S. 1893-1-13).

(3) Req. 24 mars 1896 (D. P. 1897-1-461). D'ailleurs, les compagnies stipulent dans les polices d'assurances que même dans le cas où c'est son préposé qui a rédigé la déclaration, l'assuré ne pourra pas se prévaloir de ce fait. Cette clause est approuvée par la Cour de Cassation. Civ. 16 janv. 1894 (D. P. 95-1-37). Req. 13 juil. 1896 (S. 1901-1-481, note de M. Chavegrin). Civ. 30 Nov. 1903 (D. P. 1904-1-214).

tatations sur la santé de l'assuré. Le médecin doit être considéré comme le préposé de la société et son omission attribuée à celle-ci.

Comme conclusion, nous dirons que la jurisprudence se montre trop indulgente envers les réticences qu'on commet dans la vie courante et qu'elle exige trop dans les cas où elle se trouve en présence d'un article de loi.

38. A la base de notre conception, il y a ce que nous appelons l'intérêt d'agir. Une fois cet intérêt établi, nous avons cherché à préciser à qui incomberait le devoir d'agir. On l'a vu, cet intérêt qui existe impose l'obligation d'agir, soit à quelqu'un qui est propriétaire, soit à celui qui se trouve en relation de voisinage, soit enfin dans le cas où il y a obligation de réponse ou obligation de déclarer une chose connue. Dans les cas choisis plus haut par nous, le débiteur est connu au moment où le dommage se produit à cause de son abstention. On voit quelqu'un qui souffre à cause de la paresse ou de l'indifférence d'un autre. Est-il logique d'admettre que celui qui a une forêt laisse son gibier se multiplier de telle façon que son voisin en souffre, est-il logique d'admettre que, puisqu'aucun texte de loi n'oblige ce propriétaire à détruire ce gibier, il faille encourager sa négligence coupable ? Ou encore peut-on dire qu'une personne a le droit absolu de ne pas répondre, quoique l'autre partie avec laquelle elle est en relations constantes d'affaires, ait la conviction parfaite que les choses suivent leur cours normal ; que donc elle peut être assurée de l'acceptation de son offre ?

Il y a avant tout une règle d'équité qui demande à certaines personnes de ne pas compromettre les intérêts des

autres, et d'agir, pour ne pas leur faire subir de dommage à cause d'une abstention. Qu'on le veuille ou non, on peut devenir le débiteur d'une prestation quelconque vis-à-vis d'un autre. L'équité commande à tout homme de faire quelque chose en faveur d'un autre, malgré l'absence d'un contrat ou d'une loi.

CHAPITRE IV

L'ABSTENTION DANS L'ACTION

SECTION I^{re}

39. L'obligation légale de diligence et de prudence. — 40. La règle légale générale a-t-elle toujours un caractère négatif ? — 41. La Cour de Cassation contrôle le caractère d'une faute. — 43. Le type imposé par les nécessités de la vie. — 44. On est coupable non parcequ'on a agi mais parcequ'on a omis de prendre les précautions nécessaires. — 45. La diligence requise est en rapport avec les circonstances ; seule l'omission dommageable entraîne la responsabilité. — 46. Les précautions qu'on s'est abstenu de prendre, d'après la Jurisprudence. — 47. La responsabilité des professionnels pour omission. — 48. L'abstention au devoir de la diligence dans les législations étrangères.

39. Toute activité humaine suppose une obligation générale : l'obligation légale de diligence et de prudence. Nous savons qu'on a cherché depuis longtemps un critérium de la faute, sans le trouver. Quand pourra-t-on dire que quelqu'un est en faute ? Et puisque nous nous occupons de la faute d'abstention, nous allons nous demander : quand est-on responsable pour n'avoir pas fait quelque chose ?

D'après la classification donnée, nous savons qu'il y a deux sortes d'abstentions : on s'est abstenu d'agir ; on s'est abstenu de prendre les mesures de diligence imposées par les circonstances d'une initiative prise.

Il y a une obligation légale de diligence et de prudence. Elle existe pour tout le monde. Il suffit d'avoir eu à souffrir

un dommage de la part d'une personne pour lui rappeler qu'elle n'a pas tenu compte de cette règle générale de diligence. M. Planiol nous dit : « Quand la loi impose une obligation à tous les hommes d'une manière générale, il s'agit ordinairement d'une obligation purement négative... et si peu qu'on agisse contrairement à cette obligation, il y a contravention et faute. Toute obligation de s'abstenir est nécessairement absolue ». (1). Le grand civiliste nous dit que toute obligation légale est une obligation d'abstention, pendant que : « les obligations conventionnelles ont un objet positif ; ce sont des obligations de « faire ». L'idée est reprise par M. Sainctelette qui écrit : « Les dispositions des articles 1382, 1383, 1384, dont la raison d'être est le respect des droits d'autrui, n'ont de force obligatoire que pour *défendre*. Elles n'ordonnent pas. En déduire la moindre injonction, c'est en fausser le sens et en méconnaître l'origine » (1). Quelle origine ? M. Planiol, et, après lui, M. Sainctelette font allusion au grand principe « *neminem laedere* », d'où découle toute obligation légale qui est celle de s'abstenir.

40. Est-il toujours vrai que l'obligation légale *défend* et qu'elle *n'ordonne pas* ?

Quand la loi impose à tout le monde une règle générale de diligence et de prudence, cela veut dire qu'elle ordonne quelque chose. Le principe « *neminem laedere* » est vraiment un principe négatif, mais il est conditionné par un autre qui est positif. La Loi ordonne à l'homme : « Sois diligent et prudent pour ne nuire à personne ». Cela montre que l'obligation légale peut aussi bien être une règle positive.

(1) Cf. Tessière op. cit., p. 45.

(2) Sainctelette : « Responsabilité et garantie », p. 144.

Quand M. Planiol parle » de l'obligation imposée à tous les hommes d'une manière générale », il a en vue le côté négatif. Il suppose l'homme dans l'état d'inertie, l'individu dans une abstention éternelle, parce que, d'après cette conception, pour ne pas nuire, on doit toujours s'abstenir. L'obligation purement négative, dont parle M. Planiol, se rattache à l'idée d'inactivité. Or ce n'est pas l'homme qui ne fait jamais rien qu'on conçoit généralement. La loi doit s'inspirer des situations où l'homme est en activité. L'homme qui ne fait jamais rien n'a pas besoin d'une règle de droit qui suppose des relations actives entre les individus.

Or, à l'homme en action, la loi ordonne : « sois diligent » ; cette règle générale qui plane au-dessus de toute activité, qui préexiste même à cette activité, est une obligation d'ordre positif.

La diligence demande la concentration de l'attention ; l'habileté, une large prévoyance de toutes les conséquences de l'initiative prise. Le contenu de cette règle générale et légale de diligence est purement positif. La règle négative de ne pas nuire à autrui est conditionnée par une autre qui est d'être diligent. Peut-on alors dire que toute obligation légale est une obligation négative ? On verra plus loin que la jurisprudence fait souvent application de cette idée que toute action de l'homme est subordonnée à l'obligation générale de diligence. Toujours, quand l'individu se comporte d'une façon anormale, on en peut déduire que c'est là la conséquence de son abstention à la règle générale de diligence.

Ce caractère d'obligation positive une fois reconnu, on peut parler d'une abstention à un devoir général de faire. C'est par rapport à ce devoir légal de diligence que l'individu aura à répondre de son activité chaque fois qu'il sera en faute.

Pour qu'il y ait responsabilité, nous avons vu qu'on

demande généralement une faute. L'article 1382 établit cette condition d'une façon indubitable. La faute d'abstention s'approche de la définition donnée par M. Planiol : « La faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation, quand elle a causé un dommage à autrui. » (1).

L'obligation préexistante est, dans notre cas, celle de diligence et de prudence.

41. Comment arrive-t-on à dire qu'une personne est en faute ? On peut répondre en se fondant sur une comparaison.

On considère toujours, non pas l'homme moyen pour voir quelle aurait été sa conduite, mais le type presque parfait qui aurait mis dans son action toute la diligence nécessaire. Du moment qu'on ne peut pas invoquer la « force majeure » ou la faute de la victime, on est responsable de toute négligence, si minime qu'elle soit. On conteste que dans le droit romain la faute la plus légère ait pu entraîner la culpabilité, « In lege Aquilia et culpa levissima venit » n'existait pas, comme source de responsabilité, telle qu'elle a été comprise plus tard. On pouvait échapper à la peine, si on faisait la preuve qu'on s'était comporté comme un homme normal. On demandait donc une diligence habituelle.

Dans la jurisprudence française, on demande ordinairement la diligence de l'homme parfait, capable de prendre tous les soins imposés par les circonstances, pour réussir ainsi à prévenir tous les périls éventuels, même les plus éloignés (2).

(1) Planiol. « Traité élémentaire », 7^e éd. T. 2, n° 869, p. 273.

(2) M. Demogue précise qu'une faute envers soi-même peut consister dans une action ou dans une omission. « Il y a une omission fautive dans le seul fait de ne pas conjurer les effets de la faute de l'auteur, de ne pas chercher à restreindre le dommage par les soins, les précautions auxquelles on pouvait recourir ». (Obligations, F. IV, p. 530).

C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de la Seine confirmé par la Cour de Cassation (1) a établi que le propriétaire d'un immeuble est en fraude pour n'avoir pas muni son ascenseur d'un appareil qui aurait prévenu toutes sortes d'accidents. Même un accident très peu probable doit être prévu par le propriétaire. Tout ce qui existe comme perfection dans la technique moderne doit être adopté par celui qui possède un objet capable de produire un accident.

Dans un autre cas (2), la Cour de Cassation applique l'idée de diligence absolument parfaite. Celui qui procède à des essais d'une machine est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter tout accident. Il s'agissait d'un ouvrier qui conduisait une machine à soufrer que traînait un attelage de chevaux. Tandis qu'il fournissait des explications au gérant du domaine sur le fonctionnement de la dite machine, les chevaux ayant été remis en marche par celui qui les conduisait, l'ouvrier, en voulant ressaisir les guides qui venaient de lui échapper, se prit la main dans un engrenage et eut trois doigts coupés. Les juges du fond ont repoussé la demande en dommages-intérêts de la part de l'ouvrier, en motivant leur décision par le considérant que « l'accident était dû uniquement à la propre imprudence du demandeur ».

Cette décision a été cassée par la Chambre civile qui a admis comme fondée la demande de l'ouvrier. M. Appert, dans la note qui accompagne l'arrêt ci-dessus, dit que la Cour de Cassation, par les motifs donnés, fait naître la question suivante : tout homme qui déploie son activité est-il en faute, lorsqu'il n'a pas pris toutes les précautions imaginables

(1) D. P. 1924-2-103.

(2) Sirey 1911-1-329. Note de M. Appert.

pour éviter, tant aux ouvriers qu'il emploie qu'aux tiers parmi lesquels il évolue, les conséquences fâcheuses que peut leur faire courir cette activité ? Dans l'espèce qui nous occupe et qui a motivé l'arrêt de la Cour de Cassation, on arrive à cette conclusion que « le propriétaire de la soufreuse était en faute pour n'avoir pas revêtu celle-ci d'un appareil protecteur ; que cette faute a été la cause directe et immédiate de l'accident ; et que l'imprudence de la victime ne pouvait pas mettre complètement le patron à l'abri des conséquences de cette faute ».

On le voit, l'accident est arrivé à cause de l'imprudence de la victime. C'est ce point de vue qui a fait que les juges du fond ont repoussé la demande de l'ouvrier. Mais voilà que la Cour de Cassation trouve que le propriétaire avait à se reprocher quelque chose : avant de mettre la soufreuse en fonctionnement, il devait la munir d'un appareil protecteur ; ayant manqué à cela, il est coupable. Il fallait prévoir qu'un accident pouvait se produire. Ce manque de diligence, ce défaut de prévoir ce qui pourra se produire, constitue la faute qui peut être mise à la charge du propriétaire.

42. D'ailleurs, la Cour de Cassation, qui, à l'origine, laissait aux juges du fond le soin d'apprécier quelle doit être la conduite des personnes dans chaque circonstance et quelles doivent être les précautions à prendre, a depuis longtemps adopté la mission de contrôler le caractère des faits qui peuvent être la cause d'une faute commise.

Sans émettre une déclaration de principe, qui pourrait servir de guide aux juges du fond, la Cour de Cassation examine chaque espèce qui se présente. La tendance de la Cour est d'exiger que soient prises toutes les précautions, même les plus minutieuses. Le progrès est conçu comme un bien

dont les hommes doivent savoir profiter. En envisageant la notion de culpabilité, on dira toujours : celui-ci est coupable, parce qu'il ne s'est pas comporté comme l'aurait fait un homme diligent. C'était une nécessité sociale de créer ce critérium de comparaison. On prendra toujours le type du « bon père de famille », parce que cette solution paraît mieux assurer les résolutions entre les hommes. C'était difficile de donner au juge la mission de faire des recherches pour savoir comment se comporte chaque individu dans tel ou tel cas et pour la qualification du délit. Le système subjectif d'une responsabilité, adaptée à chaque individu, était insoutenable à cause des difficultés pratiques et des nécessités sociales qu'il soulevait. Mais en adoptant ce système de comparaison, on était amené à commettre des injustices à l'égard de la personne coupable. En lui imposant de se comporter dans la vie ordinaire de la façon dont devrait se comporter un bon père de famille, on lui impose une obligation qui peut être bien souvent au-dessus de ses forces et de ses aptitudes. Même après avoir pris toutes les précautions dont elle était capable, une personne peut être trouvée en faute.

Le type presque parfait de l'homme dans la société a été conçu pour des raisons qui découlent d'une nécessité de sécurité entre les hommes. En leur imposant une conduite qui doit être des plus parfaites et qui s'approche de la conduite-type du « bon père de famille », on a tranché en même temps, toutes les difficultés que soulèvent les recherches du juge, c'est-à-dire l'examen psychologique de la capacité d'agir pour chaque acte de tout individu.

44. Quand on dit : voilà quelqu'un qui ne s'est pas comporté comme un « bon père de famille », par là-même on dit qu'il n'a pas fait ce qu'il devait faire. Quelqu'un fait des

travaux près de sa maison ; un passant est blessé ; la personne ayant engagé ces travaux sera responsable, mais non parce qu'elle a agi. Donner cette interprétation à l'obligation qu'on impose aux personnes de réparer le dommage causé par leur faute, cela aurait pour résultat de paralyser toute activité, d'empêcher toute initiative.

On est donc coupable, parce qu'on n'a pas pris toutes les mesures nécessaires, afin de ne pas nuire aux autres. La faute sera établie en faisant la comparaison entre la façon d'agir de la personne coupable et celle d'un « bon père de famille ». On peut reprocher au système ci-dessus d'être trop lourd et d'entraver d'une façon exagérée les individus dans leur activité. L'homme parfait, d'une diligence extrêmement grande, peut bien être l'idéal pour les relations humaines ; mais il faut reconnaître que c'est trop exiger de prendre ce type comme terme de comparaison dans la conduite de chaque jour. C'est ainsi que MM. Colin et Capitant parlent de l'homme diligent tout simplement. (1) « On doit se demander, écrivent-ils, chaque fois que l'on se trouve en présence d'un acte dommageable à autrui : l'auteur de cet acte s'est-il conduit comme l'aurait fait un homme diligent ? A-t-il pris toutes les précautions qu'un homme prudent aurait prise ? Si oui, il n'est pas responsable, si non, il a commis une faute et doit payer des dommages-intérêts (2).

Que les arrêts contiennent ou ne contiennent pas les considérations sus-énoncées, ils les supposent toujours. Peut-être que les arrêts ne disent pas : voilà de quelle façon il fallait

(1) Colin et Capitant. Cours Élémentaire de Droit Civil. T. II, p. 377.

(2) La Cour de Cassation belge a trouvé coupable du délit d'homicide par imprudence le propriétaire d'une automobile qui, assis aux côtés de son chauffeur, néglige de conseiller à celui-ci de modérer sa vitesse. (Pasic, 1924-1-220)

se comporter dans telle ou telle circonstance ; mais cette conduite qu'on n'a pas eue est toujours présumée par le juge. Il y a des arrêts qui spécifient quelle était l'obligation préexistante, afin de mieux dégager le fait d'omission.

C'est ainsi que la Cour de Rouen (1) pour établir la faute commise par le conducteur d'un tramway sur route dit : « qu'avant d'examiner les résultats des enquêtes et contre-enquêtes auxquelles il a été procédé, il convient de déterminer quels sont les devoirs des conducteurs de tramway ». On cherche ces devoirs d'une façon générale, et l'arrêt dit : « qu'après avoir ainsi précisé les obligations de tout conducteur de tramway, il est à rechercher si elles ont été remplies par le chauffeur, auteur de l'accident ».

45. Le juge doit procéder à des recherches dans chaque cas qui lui est soumis, pour pouvoir dire quel était le devoir auquel on était tenu.

Mais dans tous les cas, on reconnaît qu'il y a un devoir égal de diligence. C'est ce principe général qu'on retrouve très souvent dans les arrêts de la jurisprudence. Avant d'agir, l'homme doit se demander qu'elles peuvent être les conséquences de son acte. La diligence doit lui imposer toutes les mesures de précaution.

Du moment qu'on crée un état de choses dangereux, il faut toujours penser qu'on n'est pas isolé, qu'on vit dans un milieu qui est dans un mouvement continu et que ne pas prendre les mesures dictées par les circonstances, c'est s'abstenir d'un devoir qui incombe à tout le monde, celui d'être

(1) D. P. 1881-2-92.

diligent, pour ne pas nuire à autrui (1). Si quelqu'un a subi un dommage, le juge se demandera : était-il possible de l'éviter ? Que fallait-il faire pour ne pas nuire à autrui ? Et en constatant qu'on n'a pas fait ce à quoi on était tenu, il précisera la réparation due. Cette réparation sera en proportion directe avec le préjudice subi, et, sans ce préjudice dont aurait souffert le tiers, la doctrine est d'accord sur ce point qu'on ne peut pas concevoir l'action en dommages-intérêts (2). Sans un dommage, la jurisprudence refuse généralement réparation à celui qui se plaint. C'est ainsi que dans un cas d'omission d'un acte par un avoué, la Cour de Cassation a refusé des dommages-intérêts motivant son arrêt sur le fait que, même si l'acte avait été accompli, il aurait été sans utilité pour le plaignant. (3) Pour qu'une omission puisse constituer une faute, il faut un préjudice (4). Le plaignant doit prouver que l'acte omis est seul la cause du dommage. Si l'omission n'a rien changé aux circonstances d'un fait, et si elle n'est pas seule la cause directe d'un dommage, le juge refusera les dommages-intérêts. C'est ainsi que l'officier ministériel par la faute duquel une personne n'a pu satisfaire à un ordre ne doit indemnité que si le créancier, en produisant, avait pu être payé au moins en partie. (5).

(1) D. P. 1872-I-352 ; D. P. 1893-3-62 ; D. P. 1895-2-276 ; D. P. 1894-I-207 ; D. P. 1894-I-239 ; D. P. 1896-2-457 ; D. P. 1908-5-29 ; D. P. 1909-I-375 ; D. P. 1919-I-461 ; D. P. 1914-I-144 ; D. P. 1913-I-237 ; D. P. 1914-I-55 ; D. P. 1916-I-108 ; D. P. 1918-2-45 ; D. P. 1917-I-203 ; D. P. 1919-I-39.

Un concierge est en faute de ne pas avoir prévenu les locataires de la présence d'une fosse d'aisance dans une cave (Paris, 8 fév. 1896. D. P. 1896-2-457 avec note de M. Planiol).

(2) Cf. Sourdat T. I. 413 ; Larombière T. 5, sous les articles 1382 et 1383 ; Demogue T. 4, n° 383 et suiv. Beudant, n° 1154 ; Baudry et Barde, T. 4, n° 2870 ; Laurent, 20, n° 391 ; Huc, 8, n° 406 ; Colin et Capitant, 2, p. 381 ; Planiol et Ripert, n° 867, p. 295.

(3) Civ. 6 Février 1856 (S. 1855-I-586).

(4) Colmar 15 Juin 1857 (D. P. 1858-2-173). Tribunal paix Carpentras, 21 Août 1863 (D. P. 3-45).

(5) Cass. civ. 26 Novembre 1890 (D. 1891-1-18) ; Besançon, 26 Décembre 1900 (D. P. 1905-2-151). Req. 27 Mars 1901 (D. P. 1901-1-293). Cf. Demogue T. 4, p. 26 et suiv.

Quelqu'un qui exécute des travaux à l'aide d'une machine, doit, plus que tout autre, surveiller les conditions dans lesquelles s'effectue le travail. Il ne pourra pas soutenir qu'il n'est pas assujetti à prendre toutes les précautions voulues, un autre étant le propriétaire de la machine. Du moment qu'il a mis en fonction cette machine, il doit examiner attentivement, si elle est munie de ses organes protecteurs.. (1)

On soutient souvent que quelqu'un est responsable objectivement, alors que, en réalité, l'auteur d'un dommage est responsable pour inattention ou omission (2).

Quand un propriétaire ou un architecte est trouvé en faute en raison du mauvais fonctionnement d'un appareil, un ascenseur, par exemple, avant de parler d'une responsabilité qui est engagée du fait même qu'on est le propriétaire d'un objet, il faut rechercher la *faute* du propriétaire. Dire qu'on applique l'idée d'une responsabilité objective, c'est trop forcer les principes pour arriver à une responsabilité injuste, bien souvent illogique.

C'est pour cette raison que les tribunaux ne parlent pas d'une responsabilité objective, mais cherchent à établir s'il n'y a pas de place pour l'idée de faute.

Le tribunal civil de Nice (3) a conclu qu'on est en faute de ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires, en vue d'assurer le bon fonctionnement d'un ascenseur. Ces mesures doivent être de nature à protéger les personnes qui fréquentent la maison, contre leur propre imprudence.

Il s'agissait dans l'espèce d'un manque de précaution, qui consistait de ne pas avoir complètement fermé la cage de

(1) Rec. Caen, 1913-172.

(2) Voir à cet égard ce que nous disons pour la faute dans la garde.

(3) Gaz. Trib., 6 Novembre 1912, jug. du 20 Juin 1912.

l'ascenseur, au moyen d'une grille aux mailles suffisamment serrées.

C'est ainsi que le principe de la responsabilité objective sera écarté dans le cas où quelqu'un pourra faire la preuve qu'il n'est pas en faute, c'est-à-dire qu'il a pris toutes les mesures pour éviter un préjudice.

Une personne qui enferme un revolver dans sa gaine dans un vide-poche, de telle façon que cet objet est hors de la vue des étrangers, ne commet pas une imprudence qui puisse lui être imputable, si une personne fait sortir le revolver, le manie maladroitement, et se blesse. Le tribunal civil de Versailles, (1) a estimé que le propriétaire du revolver n'avait commis aucune imprudence en le laissant chargé, du moment qu'il avait mis son arme dans un endroit sûr.

La jurisprudence est d'avis qu'il faut faire toutes les suppositions pour éviter un dommage. Les chauffeurs d'une compagnie de voitures-automobiles, se mettent en grève. Quelques-uns d'entre eux n'ont pas adhéré à la grève et continuent à travailler. Les grévistes commettent quelques attentats contre les non-grévistes. Le tribunal de commerce de la Seine (2) a déclaré que la compagnie était en faute pour ne pas avoir pris toutes les précautions suffisantes pour empêcher qu'un engin explosif soit placé dans l'une de ses autos, soit à sa sortie du garage, soit en cours de route. Le dit engin explosant et blessant un passant, ce passant avait droit à des dommages-intérêts.

La compagnie prétendait qu'elle ne pouvait pas prévoir l'explosion, invoquant la force majeure ou le cas fortuit. Le

(1) « Le Droit », 20 Avril 1914, jug. du 16 Janvier 1914.

(2) Jug. du 10 Janvier 1914. Gaz. Pal. 1914-1-528.

tribunal a répondu qu'à cause de la grève, il fallait prévoir les attentats.

Toute exploitation demande le maximum de précautions. On a jugé qu'une compagnie de tramways commet une faute d'exploitation, en ne prévenant pas, par l'emploi d'un dispositif approprié, les dangers pouvant résulter pour les tiers d'un flottement trop grand de la corde qui sert à manœuvrer la perche. A cause de cette lacune dans le perfectionnement de l'outillage, un cantonnier municipal avait été tué pendant qu'il se trouvait sur une échelle pour élaguer des arbres gênant le passage du fil du trolley (1). La faute de la compagnie était de ne pas avoir prévenu d'une façon efficace le danger que la corde pouvait faire courir.

La Cour de Gand (2) a condamné une compagnie de chemin de fer à des dommages-intérêts pour ne pas avoir établi une clôture qui eût empêché un accident survenu. « Vainement la compagnie objectait-elle, qu'aucune loi ne l'obligeait à clôturer la voie ferrée, écrit Laurent (3) ; la cour répondait qu'en créant un établissement dangereux, elle s'obligeait à prendre les mesures de prudence qui seules pouvaient empêcher des accidents ; il y avait donc obligation, par la nature même d'un chemin de fer, de veiller à la sécurité publique que la voie nouvelle compromettait ».

Le tribunal de Nice (4) a jugé qu'une commune est responsable du dommage causé par l'éboulement d'un rocher qui, en roulant, est venu s'abattre sur une maison, alors que cette chute n'aurait pas eu lieu si les représentants de la commune avaient pris, au cours de l'exécution des travaux

(1) D. P. 1919-2-13.

(2) Gand 26 Janvier 1860 (Pasicrisie 1860-2-73).

(3) Op. cit., p. 412

(4) D. 1875-2-52 (Veuve Boldine c. Ville de Nice).

entrepris, les précautions nécessaires pour prévenir tout accident.

La Cour de Cassation, par un jugement du 11 février 1913 (1), a condamné le concessionnaire d'une prise d'eau pour ne pas avoir mis d'obstacles destinés à empêcher les inondations. Dans l'espèce, il s'agissait de barrages qui n'étaient pas suffisants. L'inondation était donc la conséquence d'un manque de prévoyance : ce qui fait dire à la Cour de Cassation « qu'il y a relation de cause à effet entre la faute et le préjudice subi ».

La Cour de Cassation (1) a eu à s'occuper d'un cas dans lequel le courant électrique d'une société de distribution d'énergie électrique avait causé un incendie. Un fil de haute tension s'était rompu et était entré en contact avec un fil de basse tension. La société soutenait qu'elle n'était pas responsable, parce qu'aucune mesure ne lui avait été prescrite pour parer au danger de la chute des fils électriques. Pour mieux démontrer son irresponsabilité, la société a fait la preuve qu'elle avait satisfait à toutes ses obligations techniques et réglementaires. La Cour de Cassation a trouvé que les juges du fond avaient bien fait de condamner la société à des dommages-intérêts. Il ne suffit donc pas de prendre les mesures imposées par des règlements. On est en faute, si on a omis de prendre les mesures les plus minutieuses. Il fallait prévoir l'accident qui pouvait être produit par la rencontre des fils de haute et de basse tension.

Mais, d'autre part, le Conseil d'Etat a trouvé qu'une compagnie, concessionnaire d'un chemin de fer, n'est pas

(1) D. P. 1914-1-85.

(2) Req. 90 Novembre 1918 ; S. 1920-1-151. Soc. Saon Electricité c. Millière.

tenue d'enlever les débris d'un pont détruit par l'autorité militaire dans l'intérêt de la défense.

Ne reconnaissant pas une pareille obligation à la charge de la compagnie, le Conseil d'Etat a trouvé qu'elle n'était pas responsable vis-à-vis du propriétaire d'un bateau qui avait souffert des dommages en se heurtant contre les débris laissés (1).

Un ouvrier a exécuté des travaux chez un propriétaire. Par suite de ces travaux, un accident arrive à un passant. Le propriétaire soutient qu'il n'est pas civilement responsable, n'étant pas en qualité de commettant vis-à-vis de l'ouvrier qui ne travaillait pas sous sa surveillance et sa direction immédiates.

Le tribunal d'Amiens a jugé que le propriétaire était responsable de ne pas avoir pris les précautions nécessaires en vue d'empêcher les accidents possibles (2). L'arrêt établit qu'un propriétaire, chez lequel on fait des travaux, doit avertir les passants, par les signaux d'usage, des dangers que les travaux peuvent leur faire courir (3). Le fait d'avoir engagé quelqu'un pour faire des travaux ne permet pas à un propriétaire de laisser tous les soins et précautions à prendre à la charge de l'ouvrier : d'autant plus qu'un propriétaire est toujours supposé s'intéresser aux travaux qui sont faits chez lui. C'est donc lui qui doit fixer quelles mesures doivent être nécessaires pour éviter un dommage à autrui.

(1) D. P. 1876-3-85.

(2) Amiens, 24 Février 1869. S. 1869-2-67.

(3) Cass. 27 Mai 1868 (S. 1868-1-299). Le tribunal d'Avesnes a décidé le contraire dans un autre jug. du 19 Mai 1865 et son jugement a été confirmé par la Cour de Douai dans un arrêt du 26 Décembre 1865 (S. 1866-2-123).

47. L'attention demandée à toute personne est en rapport directe avec sa profession. Quand on exerce un métier qui expose les autres, au point de vue financier, à de grands risques, il faut user des précautions qui peuvent être en opposition avec l'intérêt de la profession, mais qui sont destinées à sauvegarder les biens des autres.

Ainsi on a trouvé qu'un individu qui dirige une agence de paris pour les courses doit souvent se demander d'où proviennent les ressources de ceux qui font des paris par son intermédiaire (1). Il s'agissait dans l'espèce d'un employé, dont les ressources consistaient uniquement dans un modeste traitement. Un intermédiaire avait effectué pour cet employé des opérations de jeu considérables, sans se demander d'où provenaient les sommes d'argent qu'il engageait sur les chevaux. Le tribunal a trouvé que l'intermédiaire était responsable vis-à-vis du patron de cet employé qui lui avait dérobé les fonds perdus. La faute de l'intermédiaire était une faute d'abstention, parce que l'importance des sommes constituant l'enjeu de ce joueur aurait dû le surprendre. Il aurait donc dû se renseigner sur la provenance de cet argent. Ne l'ayant pas fait, il devenait dès lors responsable.

Dans le même ordre d'idées, on a trouvé qu'un agent de change par l'intermédiaire duquel un employé a fait des opérations de bourse, est responsable vis-à-vis du patron que son employé a volé (2).

On ne peut expliquer ces décisions qu'en raison de la nature de la profession exercée par ceux qui ont été jugés être en faute. Un agent de jeu de courses, et d'autre part un agent de change, se livrent à des opérations qui peuvent être

(1) Paris, 25 Août 1890. (S. 1892-2-138).

(2) Paris, 10 Janvier 1891. (S. 1891-2-138).

bien hasardeuses. Mais si, par exemple, un des susdits employés avait dépensé son argent dans un magasin, pourrait-on parler d'une responsabilité du commerçant ?

Il ne saurait être permis à un professionnel de dire qu'il a pu ignorer telle ou telle question ressortissant à sa profession. Quand, par exemple, un historien apprécie les hommes ou les faits, il est libre d'envisager les problèmes en conformité avec ses vues ; mais il est obligé de se bien renseigner sur l'authenticité de ces faits. Un médecin avait été accusé par un écrivain d'avoir fait fusiller un insurgé, à l'occasion d'une insurrection. Or, une enquête administrative et une polémique de presse démontrèrent la fausseté du fait allégué. Un jugement du tribunal civil de la Seine (1), confirmé par la Cour d'appel de Paris, condamna l'écrivain pour le dommage causé à la famille du médecin. L'arrêt spécifie que l'écrivain devait connaître la vérité, grâce à la discussion publique qui avait eu lieu : « attendu, dit l'arrêt ci-dessus, que cette discussion publique n'a pu être ignorée de L..., rédacteur en chef d'un journal politique, et futur historien de la commune, soucieux, à ce double titre, de ne publier que la vérité, etc... ».

Une omission de la part d'un écrivain peut donc être jugée fautive, du moment qu'on fait la preuve qu'il n'avait pas étudié la question avant d'avancer ce qu'il disait. Avant d'écrire, il faut se renseigner. Libre de commenter un événement historique, l'historien est obligé avant tout de le bien connaître. Cet événement étant connu par tout le monde dans un certain sens, il n'est pas permis, à celui qui veut en faire le commentaire, de l'ignorer. Il y a des cas, où on con-

(1) 10 Mai 1897. S. 1898-2-199.

sidère un professionnel, comme responsable seulement dans la mesure prévue par la règle du bon sens.

Quand, par exemple, on dit qu'un médecin est responsable des fautes qu'il commet (1) on suppose toujours une faute lourde, se révélant par des faits tangibles et évidents, constituant l'oubli des règles générales de bon sens et de prudence, qui sont hors de discussion (2).

On ne peut pas faire des reproches à un médecin pour des raisons scientifiques qui mettent en discussion diverses théories et méthodes ; mais pour les omissions graves, les fautes lourdes, le médecin est responsable. Nous n'insistons pas sur les raisons qui ont conduit à envisager la responsabilité du médecin, en se basant sur des considérations différentes de celles qui servent à préciser la responsabilité d'un autre professionnel. Disons en passant qu'on a estimé que l'initiative du médecin doit être libre, parce qu'en lui imposant une responsabilité trop lourde, on affaiblirait son initiative et son courage, si indispensable dans sa profession. Mais jamais on ne parle d'une exonération totale de la responsabilité. Personne ne peut être considéré comme exempt de toute faute.

Les notaires surtout sont responsables pour omission. Quand quelqu'un se présente chez un notaire, celui-ci est obligé de renseigner ses clients sur toutes les conséquences de leur acte. Sa vigilance doit être en mesure de prévoir, qu'elles peuvent être ces conséquences. C'est en vertu de l'article 1382 qu'un notaire a été déclaré responsable pour ne pas avoir examiné un titre régulier de propriété et avoir laissé payer à son client le prix d'un immeuble. (3).

(1) Besançon, 16 Octobre 1912. (D. P. 1914-2-88).

(2) Paris, 16 Janvier 1913 (D. P. 1913-2-237).

(3) Alger, 31 Janvier. (D. P. 94-2-422).

Quand quelqu'un se présente chez un notaire, il est en droit de supposer que celui-ci connaît assez bien les lois pour prévoir les effets d'un acte juridique. Toute négligence de sa part le rend responsable. Un notaire ne doit pas établir l'authenticité d'un acte avant de contrôler les faits et les conditions intrinsèques de l'acte ou son caractère légal (1). La responsabilité d'un notaire tient surtout à ceci que les personnes, sans expériences juridique, le considèrent non seulement comme faisant un office technique, mais surtout comme un homme qui peut donner des conseils. Il ne doit pas attendre les interrogations des clients : c'est lui qui doit prendre l'initiative de les bien renseigner.

La bonne foi n'excuse pas l'insouciance. Avant d'entreprendre une action on est obligé de bien se renseigner du moment que, par une appréciation quelconque, on peut faire du mal à autrui.

Pour les notaires il y a encore obligation de faire certaines choses du moment que l'intérêt d'un tiers était en jeu. C'est ainsi qu'il est obligé d'informer les légataires des dispositions contenues à leur profit dans un testament (2).

Le devoir pour un notaire de prendre l'initiative et révéler certains changements aux tiers n'est précisé par aucune loi. Ni le décret du 4 pluviose an XII ni le décret du 112 août 1807 — qui prévient certaines obligations de faire en faveur des établissements d'instruction publique et des communes — ne s'occupent pas d'une obligation spéciale des notaires à l'égard des tiers. Cependant, malgré le manque d'un texte spécial le notaire est coupable pour

(1) Civ. 6 juin 1894 D. P. 94.1.359 ; Douai 25 janv. 1897 D. P. 97.2.319 ; Civ. 3 juil. 1922 ; Req. 16 fév. 1910 D. P. 1912.1.183.

(2) Caen, 17 février 1908 (D. P. 1908_2-245). Trib. Seine, 3 décembre 1923 (Gaz. du Pal. 1924-1-201).

ne pas avoir prévenu le tiers de certains faits qu'il doit connaître (1).

Le fait d'ajouter à une publication qu'on ne garantit pas l'exactitude absolue des renseignements fournis, ne peut avoir l'effet d'exclure la responsabilité

Dans le cas de celui qui a fait paraître une publication avec des renseignements pour le public, sa bonne foi n'est pas une excuse du moment qu'on a fait la preuve qu'il n'a pas porté toute l'attention nécessaire à la rédaction d'un pareil ouvrage (2). Même sans intention de nuire, un renseignement malencontreux, donné par quelqu'un, peut obliger celui-ci à des dommages-intérêts, s'il n'a pas pris toutes les précautions utiles pour se procurer les éléments d'information nécessaires. La vigilance doit être la ligne de conduite normale de toute personne. La victime probable d'un accident n'est pas exonérée de cette obligation de diligence. Ainsi, les parents qui omettent de vérifier la fermeture de la portière d'un wagon contre laquelle s'appuie leur enfant, commettent une faute qui exonère la compagnie de sa responsabilité, en cas d'accident (3). Il ne faut pas croire que pour avoir pris un billet de chemin de fer ou une place dans un théâtre, on s'est mis entre les mains et sous la surveillance des autres. L'attention et la prudence doivent toujours guider les actes de l'homme.

Quand on a fait intervenir la conception de la faute de la victime, on a voulu en quelque sorte établir une balance entre cette faute et celle de l'auteur responsable de l'accident, au nom de ce principe : qu'un homme, quel qu'il soit, doit

(1) Civ. 18 mai 1925 (Gaz. Pal. 1925-2-321) ; R. trim. 1925-906.

(2) Trib. civ. Seine (7^e Ch.), 4 Mars 1905. P. F. 1905-2-93.

(3) Bordeaux, 8 Mai 1911 (D. P. 1914-2-70).

être diligent. Les deux « diligences », celle de l'auteur et celle de la victime, doivent être prises en considération au moment du partage des responsabilités.

Dans le cas où, à côté de la faute d'abstention d'une personne, intervient aussi un phénomène naturel, il faut en dégager la première pour établir exactement la responsabilité.

Une personne se plaint que son voisin, un meunier, n'a pas levé les vannes de son moulin, et, qu'à cause de cela, une inondation s'est produite. Le meunier répond que l'infiltration de l'eau sur le terrain de son voisin est due aussi à d'autres circonstances. Les juges du fond estiment que le meunier a eu son rôle dans le dommage produit par son abstention bien que d'autres causes soient intervenues dans la réalisation de cette inondation. Il est donc responsable, pour sa part. La Cour de Cassation a approuvé cette façon de dégager une circonstance causale parmi un certain nombre d'autres (1). Dans d'autres circonstances, les tribunaux ont admis que même en étant diligent, on peut nuire à autrui, sans être cependant responsable. Un conducteur d'automobile, à cause de l'éclatement d'un pneu, monte sur un trottoir et blesse des piétons. Le tribunal civil de la Seine (2) a considéré le conducteur, comme n'étant pas responsable, parceque l'éclatement du pneu avait pu empêcher ce conducteur de rester maître de sa direction. La « faute » reste néanmoins à la base de toute responsabilité civile (3). Une faute d'inattention, même légère, oblige son auteur à

(1) Civ. 31 Juillet 1912 (D. P. 1914-1-144).

(2) Jug. du 5 Janvier 1912 (Gaz. Trib., 2 Avril 1912). (Le Droit, 5 Avril 1912).

(3) Trib. civ. Bonneville, 24 Juillet 1919 (Gaz. Pal. 1919-8-151). Trib. Com. Nantes, 1^{er} Mars 1919. Rec. Nantes 1919-1-208. Trib. civ. Argentan, 19 Mars 1913. « Le Droit », 31 Décembre 1913.

réparer le dommage causé (1). Mais, sans cette faute, ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'on déclare l'auteur d'un dommage responsable.

Si on examine attentivement les articles 1384, 1385 et 1386, on trouve qu'ils contiennent une obligation de faire et que toute responsabilité qu'on encourt en vertu de ces articles est la conséquence d'une faute d'abstention. En réalité, les parents, les maîtres, les propriétaires de bâtiments ont l'obligation de surveiller les personnes, dont ils sont responsables, les animaux et les choses qui sont sous leur garde, enfin les bâtiments, dont ils sont propriétaires.

La chose n'est qu'un instrument entre les mains du propriétaire. L'animal qui produit un dommage fait encourir une responsabilité à celui qui était tenu de le garder. Le patron est responsable, soit parcequ'il a mal surveillé son personnel, soit encore parcequ'il ne l'a pas bien choisi. Enfin toutes les fois qu'on est responsable en vertu des articles énumérés plus haut, c'est justement parcequ'avant la naissance de cette responsabilité, il y avait une obligation de faire qui a été violée.

Nous donnons des extraits de quelques jugements, d'où il ressort d'une façon certaine, que c'est ce point de vue qui est admis par la jurisprudence.

Le tribunal de Grasse (2) a jugé qu'un propriétaire est responsable de la chute d'un bâtiment plusieurs mois après un incendie. Le propriétaire invoquait le cas de force majeure, l'incendie. Il a été condamné pour la raison suivante, qu'après l'incendie, le propriétaire était obligé, ou d'entretenir le bâtiment ou de le démolir.

(1) Cass. 21 Juillet 1919. (Gaz. Trib., 4 Novembre 1919).

(2) 10 Décembre 1918. Rec. Ass. 1919-139.

Le fait, qu'un incendie a provoqué la chute de l'immeuble, n'est pas de nature à exonérer le propriétaire de sa responsabilité, qui consistait à veiller à ce que cet immeuble ne puisse nuire à autrui.

Voici un cas analogue : Un mur s'est effondré trois ans après des bombardements de guerre. La ruine, étant la conséquence de la guerre, la chambre des requêtes a conclu que le propriétaire n'était pas responsable de l'effondrement (1).

M. Demogue (2) n'approuve pas ce jugement. L'immeuble laissé en mauvais état pouvait être mis en situation de ne pas nuire de deux façons : ou par l'entretien, ou par la démolition.

Entre la période du bombardement et celle où l'immeuble a causé un accident, trois ans ont passé. Le cas de force majeure a disparu. Si la réparation n'était plus possible, on pouvait démolir. Dans un cas comme dans l'autre, il y a abstention fautive de la part du propriétaire de l'immeuble. On n'aurait pu parler de force majeure que dans le cas, où l'effondrement se serait produit immédiatement après le bombardement. « Le propriétaire doit démolir dès qu'un immeuble est en mauvais état » (3).

La responsabilité objective qui découle de l'article 1386 est fondée sur cette idée que le propriétaire n'a rien fait pour que son immeuble ne nuise pas à autrui.

Là encore, la notion d'une abstention fautive entre en jeu. Si un cas de force majeure se produit, le propriétaire n'est plus en faute. Mais, si la force majeure a disparu, le proprié-

(1) Chambre des requêtes, 18 Janv. 1926. Gaz. Pal. 1926-1-420.

(2) Revue Trimestrielle 1926, page 389.

(3) Revue Trimestrielle 1926, p. cit.

taire est considéré en faute, pour ne pas avoir pris, dans le délai nécessaire, les mesures requises pour qu'un danger ne soit plus possible.

Comme nous l'avons dit, les articles 1384, 1385 et 1386, qui semblent établir une responsabilité « objective », contiennent au fond, une présomption de faute. Quand on dit qu'une chose ou qu'un animal a produit un dommage, il faut toujours penser que ce dommage était évitable, si le maître de la chose ou de l'animal avait pris les mesures de précaution nécessaires.

La meilleure preuve qu'à la base de ces articles, il y a une présomption de faute, c'est que l'on est tenu de faire la preuve qu'il est intervenu un cas de force majeure ou qu'il y a faute de la victime. On ne peut concevoir une chose ou un animal, sans un maître. C'est à lui qu'on reproche habituellement quelque chose. C'est donc une faute d'omission qu'on reproche en pareil cas au propriétaire.

Nous disions que la faute reste à la base de toute condamnation en dommages-intérêts. Sans une faute, le préjudice ne peut pas être réalisé. (1)

Un arbre, dans sa chute, cause un accident à une personne. Des circonstances, il résulte que la chute est due à la violence du vent, à l'état de vétusté dans lequel se trouvait l'arbre et à la proximité d'une tranchée, ouverte le long de la route.

Le propriétaire de la forêt, où se trouvait l'arbre en question, soutenait que c'était la violence du vent et les faits de guerre, qui avaient contribué à la chute ; qu'il y avait en

(1) Cass. 24 Mars 1924 (C. 1916-1-108).

conséquence cas de force majeure : la tempête et le bombardement.

La victime demandait qu'on appliquât l'article 1384 (alinéa 1^{er}) qui parle de la responsabilité de celui qui a une chose sous sa garde. Cette demande a été rejetée, parceque l'article 1384 ne s'applique pas aux choses immobilières, et un arbre constitue un immeuble par suite de son incorporation au sol.

La Cour d'appel de Douai (1) a eu donc à s'occuper du point de savoir, s'il y a faute imputable au propriétaire. En ce qui concerne le cas de force majeure, constitué par le vent, le tribunal a trouvé qu'on n'avait pas établi si ce vent avait été d'une violence telle qu'il aurait, à lui seul, provoqué cette chute. L'arbre était malade par suite de sa vieillesse et si la guerre a constitué un cas de force majeure, on ne doit pas invoquer à l'infini les causes d'exonération, dues à la guerre. L'arrêt constate que quatre ans se sont écoulés depuis la cessation des hostilités. Or, pendant ce temps, le propriétaire aurait dû prendre toutes les mesures de précaution nécessaires en faisant notamment abattre les arbres morts, menaçant ruine ; en ne le faisant pas, « il a commis une faute ou une négligence qui, aux termes des articles 1382 du Code Civile, engage sa responsabilité ».

Dans une note qui accompagne l'arrêt ci-dessus, M. Mestre approuve le raisonnement invoqué par la Jurisprudence qui a condamné, en vertu de l'article 1382, et n'a pas fait appel « aux combinaisons trop ingénieuses qui tendent à utiliser tout à la fois les articles 1382, 1384 et 1386 ».

Toutes les fois qu'on peut appliquer une formule simple, il faut le faire pour ne pas compliquer les choses.

(1) Douai, 1^{re} ch., 4 Mai 1925 (S. 1925-2-113. Note de M. Mestre).

On a vu que de ces jugements, il résulte qu'un cas de force majeure n'est pas une excuse suffisante, du moment qu'existait, avant qu'il survint, le devoir de faire quelque chose. La faute édictée est une faute d'abstention, malgré l'application faite des articles 1382 et 1383.

En effet, si le propriétaire d'une chose, ou le gardien d'un animal fait la preuve qu'il a pris toutes les précautions utiles et suffisantes pour prévenir tout accident, et que ce tiers a été victime de cet accident par sa propre imprudence, il n'est plus responsable. (1)

Même les arrêts, qui établissent une responsabilité soi-disant « objective », admettent que le propriétaire peut faire la preuve que le dommage est arrivé à cause d'un cas fortuit ou de force majeure. Quand on dit que le propriétaire d'une chose inanimée ne peut pas faire la preuve qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du dommage est demeurée inconnue, cela veut dire qu'il était tenu de ne pas nuire aux autres par la surveillance parfaite, et une fois le dommage arrivé, il est présumé en faute (2).

D'ailleurs, on ne peut pas dire qu'il y ait un criterium fixe sur le point de savoir, si l'article 1384 édicte d'une façon absolue la faute dans la garde de toutes les choses. En tous cas, on peut soutenir que, même dans les cas où on a appliqué l'idée d'une présomption légale de faute, cela ne veut pas dire qu'on admettait la responsabilité-risque.

C'est ainsi que dans les arrêts, qui s'occupent de la res-

(1) Civ. 25 Nov. 1902 (D. P. 1904-1-53). Douai, 31 Mars 1903 (D. P. 1904-1-453). Amiens, 31 Oct. 1903. (D. P. 1904-5-586). Req. 5 février 1906 (D. P. 1906-1-133).

(2) Civ. Cass. 29 Juillet 1924 (D. P. 1925-1-5. Note de M. Ripert) ; 16 Nov. 1920 (D. P. 1920-1-169). Note de M. Savatier Il faut encore dire que la présomption de faute est écartée si on fait la preuve que c'est la victime qui, à cause d'une imprudence, a provoqué le dommage. Req. 22 Janv. 1908 (D. P. 1908-1-27, note de M. Josserand). Paris, 4 Déc. 1912 (D. P. 1913-2-60). Trib. civ. de Lectoure 10 Avril 1925 (D. P. 1925-2-105. Note de M. Josserand).

pensabilité du propriétaire d'une chaudière (1), qui a fait explosion; ou de la responsabilité du patron d'un café, patron **trouvé en faute** à cause de l'éclatement d'un siphon, qui a **blessé un consommateur**, on trouve l'argumentation suivante : « aux termes de l'article 1384, on est responsable du **dommage** que l'on cause non seulement par son propre fait, **mais encore** de celui **causé** par les choses qu'on a sous sa garde ; cette disposition de la loi établit, à l'égard du gardien, une présomption de faute qui ne peut être détruite, que si celui-ci fait la preuve que l'accident a eu pour cause **un cas fortuit** ». Il s'agit donc d'une obligation de faire : celle de garder la chose.

48. Dans le « Digest of english civil law », on trouve sous le paragraphe 731, comme criterium de la diligence, la définition donnée par le baron Alderson : « Le degré de soin ou d'habileté, requis du défenseur est, en principe, celui qu'un homme d'une prudence et d'une capacité ordinaires, aurait manifesté dans les circonstances de la cause ».

On explique cette « nécessité » dans les pays anglo-saxons (2) par le fait qu'il y a là l'institution d'un jury civil. Or, pour ces citoyens « normaux », il fallait donner une règle simple et pratique pour guider leur appréciation. D'ailleurs pour voir s'il y a eu négligence, tout est question de fait. « L'omission par négligence dans la théorie anglaise, est le fait d'agir sans prendre de précautions matérielles, quand la loi impose cette obligation de prendre toutes les mesures nécessaires ». C'est donc la violation d'un devoir juridique (3).

(1) Ch. civ. 16 Juin 1896 (D. P. 1897-1-438).

(2) Cf. Legal, Thèse. p. 109.

(3) Salmond (Torts, p. 21, 24). Terry (Negligence) Harward Law Review 29. p. 40. Jenks (Digest, paragr. 738).

Ainsi, le Lord Justice Bouven affirmait dans le cas *Thomas V. Quartermaine* : « Les idées de négligence et de devoir sont strictement corrélatives ; il n'existe rien de semblable à une négligence dans l'abstrait, la négligence est simplement le fait de négliger un certain soin que nous étions tenus d'exercer envers quelqu'un ». Et le juge Wills définit la négligence au point de vue juridique : « l'absence du soin qu'il était du devoir du défenseur d'exercer » (1).

On le voit, des définitions données par les juges anglais, il se dégage toujours une idée négative. On suppose un devoir, celui de diligence, pour trouver qu'on a omis de se comporter d'une certaine façon ». Le devoir du « défendeur » suppose toujours une obligation préexistante dans le droit anglais.

On peut dire que la théorie de M. Planiol (2) sur la responsabilité en droit civil, trouve bien son application dans le droit anglais.

La notion du devoir qui revient dans la jurisprudence anglaise prouve qu'on suppose toujours une obligation préexistante. D'ailleurs M. Levy-Ullman écrit (2) : « Toute la philosophie du droit anglais et américain, est fondée sur des notions morales, abstraites, mettant en jeu la conscience individuelle, la notion de « duty », la notion du devoir ».

« Les anglais et les américains placent, dans toute leur philosophie, le devoir avant le droit. »

« Les magistrats britanniques sont des hommes de devoir (*duty*) par excellence, et, c'est toujours d'un devoir (*duty*), que l'on part pour établir le fondement du droit. »

(1) *Grill V. General Iron Screw Collier C. O.* (1886), *American Law Rev.*

(2) *Etudes sur la responsabilité civile*, *Rev. Crit.* 1905, p. 236.

(3) Levy-Ullman « Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain », p. 16.

Les constatations de M. Levy-Ullman montrent bien qu'en présence d'une faute commise, le juge anglais se demande ce qu'il aurait fallu faire pour l'éviter. En partant de cette idée qu'avant toute action, il y a ce qu'on appelle « duty » — dans notre cas « devoir de diligence » — on arrive à constater qu'on s'est abstenu de remplir ce devoir. D'ailleurs Beven (1), pour mieux montrer qu'il y a toujours un manquement à ce devoir d'être diligent, dit que toute personne doit limiter sa liberté d'action et se conformer à la façon de se conduire, prescrite par le « **duty** »

Dans le nouveau code allemand, après de longues discussions, on est arrivé à demander à chacun d'avoir *la diligence, habituellement observée dans le commerce avec ses semblables, par tout homme soucieux de ses devoirs*. Le paragraphe 704 du 2^e projet donne comme criterium : « le soin habituel dans les relations de l'existence » qui s'est transformé dans la rédaction définitive en « *soin exigible dans les relations de l'existence* ».

On le voit, le Code allemand est moins exigeant, parce qu'on en a éliminé toute idée faisant allusion à la diligence d'un « bon père de famille ». Mais, cela seulement en théorie ; parce qu'en pratique, on est toujours obligé d'examiner la conduite de quelqu'un en la comparant avec celle qu'aurait eue, dans les mêmes circonstances, un homme diligent. Tout est question de fait, et c'est pour cela que la comparaison s'impose. D'ailleurs, il faut le reconnaître, le code allemand laisse au juge un pouvoir d'appréciation plus grand. Il doit se préoccuper — en ce qui concerne la conduite d'un individu — de savoir s'il a pris les mesures qu'on pouvait

(1) Négligence, p. 10.

attendre de lui. Le milieu, les habitudes et la tradition seront toujours des éléments que le juge ne pourra pas négliger, en vue de former son opinion.

Le code fédéral suisse prend aussi l'homme raisonnable et normal, comme terme de comparaison. Son article 41 parle d'un dommage, créé de manière illicite. Quand pourra-t-on dire que quelqu'un a fait une chose illicite ? Il faudra pour cela qu'il ait eu une attitude « qu'un homme qui se conduit conformément au droit ne voudrait pas avoir » (1) Tout est au conditionnel. Jamais de criterium fixe dans aucune législation.

Omettre de faire quelque chose, c'est : ou n'avoir rien fait, ou n'avoir pas prévu les conséquences de son activité.

Quelques auteurs allemands, surtout Brodmann et V. Liszt voient, dans chaque négligence, deux éléments : le manque d'attention, ou faute de volonté, et le manque de prévoyance, qui est une faute intellectuelle. L'omission nous paraît surtout la conséquence d'un manque de prévoyance. Que ce manque de prévoyance puisse avoir sa source dans un manque d'attention, cela se peut très bien ; mais il nous paraît nécessaire, pour en arriver là, de faire une analyse d'ordre psychologique. Toujours le manque d'attention entraîne un manque de prévoyance. L'individu est présumé posséder les facultés d'un homme normal. Dans une législation, où le juge tiendrait compte de l'âge, du sexe, du degré de culture et de la position sociale, une analyse psychologique de l'individu serait nécessaire. C'est alors que le juge ne prendrait plus toujours le type de l'homme diligent — donc plein d'attention et de

(1) Légal thèse p. 113.

prévoyance — mais il examinerait chaque cas d'espèce, séparément.

Les tribunaux allemands font de temps en temps l'application du principe qu'un individu peut ne pas être responsable, quoiqu'il ne se soit pas conduit, comme l'aurait fait un homme d'une diligence moyenne. On fait alors intervenir des considérations qui tiennent compte de l'âge, du milieu social, de la culture, etc..., conditions qui dispensent l'individu d'avoir la diligence requise de la part d'un autre justement parce que ce dernier peut être plus cultivé ou faire partie d'un autre milieu social et auquel il n'est pas permis, par conséquent, de ne pas mettre dans sa conduite la diligence requise d'une personne diligente et raisonnable.

La jurisprudence anglo-saxonne et américaine prend comme criterium la faute « objective » ; mais très souvent ce criterium devient quelque chose de purement théorique, parce qu'en pratique la faute est appréciée en tenant compte des circonstances, c'est-à-dire des causes qui ont produit l'acte dommageable.

On a trouvé que le principe d'une responsabilité absolument objective peut être bien lourde et c'est pour cela que le juge Bramwell déclare (1) : « Il n'y a pas de négligence intrinsèque ou absolue : la négligence est toujours appréciée relativement aux circonstances de temps, de lieu et de personne ». Un autre juge dit que la négligence peut être « l'absence du soin requis suivant les circonstances ». Si le fait de ne pas exagérer la portée « subjective du problème est une question de sécurité dans les relations humaines », il est bon d'autre part de ne pas faire toujours une application du point de vue

1) *Right and absolute liability*, p. 262.

objectif. Ne pas tenir compte que tel ou tel individu était dans une impossibilité physique — permanente ou momentanée — pourrait engendrer un système barbare d'appréciation. Du moment que l'imputabilité est une des conditions de la faute, il faut tenir compte de la qualité de l'individu qui est l'objet de l'imputation. Non seulement le fou, qui, sauf dans des législations tout à fait exceptionnelles, doit répondre de son acte, mais encore l'aveugle ou le sourd pourront être exemptés d'une partie de leur responsabilité, parce que leur demander de se comporter comme l'homme normal aurait dû le faire, ce serait leur demander pratiquement quelque chose d'impossible. (1)

SECTION II

49. Les clauses de non responsabilité. — 50. La diligence est pour une société une nécessité qui tient de l'ordre public. — 51. La critique du système actuel des assurances.

49. Nous savons ce que sont les clauses de non responsabilité. « On entend par clause de non responsabilité — nous dit M. Capitant (2) — la clause par laquelle une personne qui contracte avec une autre stipule qu'elle ne sera pas responsable à l'égard de cette dernière du dommage résultant de l'inexécution de son obligation, dommage dont la seconde personne devrait, bien entendu, être sans cela indemnisée. »

Quand un débiteur n'a pas exécuté l'obligation, dont il

(1) Légal p. 127.

(2) Cours de droit civil 1926-27 (cours de doctorat), p. 172.

était tenu, ou qu'il l'a mal exécutée, il se prévaudrait de la clause de non-responsabilité pour échapper ainsi à toute conséquence du dommage causé au créancier.

La pratique quotidienne a multiplié d'une manière considérable les conventions contenant de pareilles clauses. Le problème qui demeure toujours en suspens est le suivant : les clauses de non-responsabilité sont-elles valables ?

« Ces clauses sont en principe valables, puisqu'elles peuvent s'analyser comme une détermination conventionnelle des obligations du débiteur », écrivent MM. Planiol et Ripert. (1)

Dans certains cas, le législateur est intervenu pour les interdire (2).

Dans d'autres cas, la loi permet certaines clauses de non responsabilité (3).

L'article 1628 du code civil, s'occupant de l'obligation de garantie du vendeur, dispose que « quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel ».

50. La Jurisprudence et la Doctrine n'admettent pas l'exonération de la faute lourde et du dol du débiteur.

En ce qui concerne le dol, c'est une question de moralité : les manœuvres frauduleuses ne peuvent s'accomplir avec une liberté entière sans que la sanction intervienne.

En ce qui concerne l'exonération de la faute lourde, la Doctrine et la Jurisprudence sont d'accord pour ne pas l'admettre, déclarant qu'il faut assimiler faute lourde au dol.

(1) op. cit. II, N° 245 bis p. 92.

(2) Voir les lois du : 17 Mars 1905 en matière de transports terrestres modifiant l'article 103 du C. Comm. ; l'art. 30 de la loi du 9 Avril 1898 déclarant nulle toute convention contraire à la loi.

L'article 105 de l'avant-projet franco-italien prévoit que le débiteur ne peut dans le contrat s'exonérer des conséquences de son dol ou de sa faute lourde.

(3) C'est ainsi que les articles 42 et 43 de la loi du 31 Mai 1924, permettent clause de non-responsabilité à l'égard des fautes personnelles. V. sur cette loi, le Rapport de M. G. Ripert, Bull. S. Et. lég., 1921, II, 283, et l'étude publiée dans la Rev. jur. loc. aér., 1923-253.

L'explication doit être trouvée dans le fait qu'il est contraire à l'ordre public qu'un individu puisse s'exonérer à l'avance, des conséquences de ses fautes. Quand on parle de la même façon d'une faute lourde ou d'un dol, on pense à la règle « *culpa lata dolo æquiparatur* ». Il y a peut être dans cette assimilation une exagération. On ne peut pas dire qu'une faute lourde est égale au dol. Ce qui a obligé la jurisprudence à ne pas admettre l'exonération d'une faute lourde, c'est l'idée générale que nous trouvons à la base de toutes les décisions jurisprudentielles : il y a une règle générale de diligence qui domine toute l'activité humaine. Qu'on puisse s'exonérer d'une partie de cette obligation légale, cela se comprend. Mais ce qu'on ne peut, dans aucune convention, c'est *exclure complètement cette règle générale de diligence*. Il n'appartient pas aux individus de faire abstraction d'une obligation qui est à la base même de l'existence de la société.

Quand on invoque l'article 1134 du Code civil pour déduire de lui le grand principe de l'autonomie de la volonté, on répond avec raison, croyons-nous, que si les parties sont libres de régler comme elles veulent les effets de leurs conventions, elles ne peuvent pas, en tout cas, ignorer qu'au-dessus de leur volonté existe la loi qui oblige l'individu à un minimum de précautions et de diligence. C'est dans le même sens que s'exprime la jurisprudence. Voici un arrêt : « Attendu qu'il n'est pas permis au moyen d'un contrat d'assurance ou de tout autre pacte de stipuler d'avance l'immunité de ses fautes lourdes ; que l'ordre public s'oppose à la validité d'un tel pacte... » (1). Dans un arrêt plus récent (2) on précise que

(1) Cass. Civ. 15 Mars 1876 (S. 76-1-337). (D. P. 76-1-449 avec note de M. Labbé).

(2) Ch. Req. 41 Juillet 1905 (D. P. 1906-1-205). En ce qui concerne le dol tous les arrêts reconnaissent qu'il ne couvre pas l'assuré : Dijon 27 Mars 1885 (S. ; 1883-2-201) Req. 18 Avr. 1882 (S. 1882-1-245).

« l'assuré perd le bénéfice du contrat d'assurance, lorsqu'on peut lui imputer un dol ou une faute lourde, susceptible d'être assimilée au dol. »

C'est pour la même raison que les clauses qui parlent d'une simple atténuation de la responsabilité sont admises plus facilement. Celui qui obtient une pareille clause reste soumis à la responsabilité de ses fautes prouvées. C'est avec raison que M. Demogue constate : « le fait qu'il reste responsable de ces dernières lui donne intérêt suffisant à ne pas commettre de faute (1) ». La question devient un simple renversement de preuve. C'est à celui qui se plaint de prouver, qu'en dehors du contrat, la personne qui s'est exonérée a commis des fautes.

51. Dans le même ordre d'idées, il faut comprendre la critique qu'on adresse au système actuel des assurances pour responsabilité.

Parmi les inconvénients qu'on fait valoir est celui « que l'assurance atténue l'esprit de diligence et de surveillance de ceux qui peuvent causer dommage à autrui (2) ».

On a proposé que l'auteur d'un dommage soit obligé de garder toujours pour lui une partie du dommage causé, même s'il est assuré. C'est ainsi qu'il faut laisser un quart du dommage, par exemple à la charge de l'auteur pour qu'il sache que même en s'assurant, il est tenu d'être diligent, parce que les fautes qu'il commettra seront, pour partie, à sa charge.

A l'objection qu'on fait : qu'en obligeant l'auteur d'un dommage à supporter une partie de ce dommage, on expose la victime à l'insolvabilité de l'auteur, on répond que l'assu-

(1) op. cit. 5 p. 459.

(2) Capitant. Cours cité, p. 182.

rance paiera à la victime le montant total du dommage et se retournera ensuite contre le coupable pour lui faire verser la partie qui doit rester à sa charge.

La diligence de l'individu est, pour une société organisée, absolument indispensable. Il ne faut jamais laisser croire à un individu qu'il a acquis le droit de mal agir par le seul fait de s'assurer pour les fautes commises. Il faut donc dire que, si les nécessités pratiques demandent quelquefois qu'on valide les clauses de non-responsabilité, il ne faut jamais permettre que de pareilles clauses contreviennent au grand principe de l'ordre public. Or, comme nous l'avons montré, la diligence doit être à la base d'une collectivité et toute convention qui a pour objet de décharger une personne de sa propre faute, surtout quand il s'agit d'une faute lourde, ne doit pas être admise.

Comme le dit la Cour de Cassation : (1) « Il est inadmissible qu'on puisse se mettre par une convention quelconque à l'abri de ses faits personnels ».

En ce qui concerne les clauses de non-responsabilité en matière de transport de personne, M. Demogue estime que si une faute atteignant les personnes a quelque chose d'exorbitant, dont le législateur peut se préoccuper, « il ne faut pas exagérer cette idée et dans certains cas, cette clause n'offre pas d'inconvénients étant donné que nous restreignons l'application de la clause à la faute légère » (2).

M. Demogue croit qu'on pourrait admettre la validité d'une « clause d'exonération », si un chirurgien entreprend,

(1) Civ. 3 Fév. 1904. Rev. dr. mar. 19, p. 677. Voir encore Civ. 19 août 1878 (S. 1879-1-422) Montpellier 5 Déc. 1892 (D. 1894-2-461). Bordeaux 30 Juillet 1888 (D. 1894-1-361).

(2) op. cit. 5 p. 471.

sur la volonté formelle du client, une opération qu'il juge dangereuse (1).

Sans s'attarder plus longuement à une discussion presque sans issue sur la validité des clauses qui tendent à libérer de la responsabilité, nous croyons, dans le cas du chirurgien, qu'il faut distinguer : une opération dangereuse peut avoir son utilité. C'est au chirurgien de dire si, faisant l'opération, il a foi dans son utilité, parce que la volonté formelle du client ne suffit pas quelquefois pour qu'on puisse opérer.

Le client peut être conduit par son caprice, en demandant des interventions chirurgicales, pour des raisons tout autres que celles en liaison directe avec les nécessités de la vie. Voilà pourquoi le médecin doit, avant tout, envisager — au cas d'une opération — l'utilité de son intervention. C'est lui qui doit juger de cette utilité et apprécier les conséquences de l'opération et non pas le client, obsédé, par exemple, par des caprices esthétiques (2). -

Un homme de science, comme le médecin, doit toujours rester maître de sa décision et éviter les complications voulues par des personnes étrangères à la science médicale qui ne peuvent pas se rendre compte des conséquences d'une intervention et qui doivent se dire que, si le médecin intervient, c'est qu'il sait ce qu'il fait. Il y a certaines diligences qui font intrinsèquement partie de la nature même d'une

(1) op. cit., loc. cit.

(2) Voir le cas — non encore jugé — référé au tribunal civil de la Seine 1^{re} chambre où il s'agit d'une opération faite par un chirurgien pour donner une forme esthétique aux pieds d'une jeune fille. Cette jeune fille a perdu l'usage d'un pied, l'acte chirurgical n'ayant heureusement porté que sur ce pied.

L'article 111 du code pénal autrichien (2^e partie), pour le médecin qui a commis une erreur telle qu'elle rende évidente son ignorance. Est également puni le chirurgien qui a fait une opération avec tant d'impéritie que le malade en est mort, ou en est resté estropié.

profession, et la clause de non responsabilité ne devrait pas être admise là, où il est question de l'exercice d'une profession. Du moment qu'il a choisi une profession déterminée, le professionnel doit avoir les qualités requises pour la bien exercer.

*
* *

Nous avons passé en revue les divers devoirs de « faire », qui peuvent exister pour une personne. Peut-être n'avons-nous pas dénombré complètement ces devoirs. Ce qui, d'une façon certaine résulte à nos yeux, de cette étude, c'est que la responsabilité civile pour « omission » existe d'une façon beaucoup plus étendue qu'on ne pouvait le croire au début. On a vu que l'abstention peut être la cause d'un dommage, dès que quelqu'un se trouve en présence de conditions qui demandent une activité. Pour nous, il est inexplicable qu'on parle si peu de la responsabilité pour inaction.

Le mot *fait* qui existe dans l'article 1382 peut être souvent remplacé par celui d'omission.

M. Piédelièvre (1) reconnaît la difficulté de trancher la question à savoir quand on peut parler d'une abstention.

Il ajoute : l'abstention est fautive quand on n'a pas pris les précautions imposées par les circonstances.

Parmi les « *culpæ in omittenda* » M. Piédelièvre cite la négligence du propriétaire d'un immeuble qui n'aura pas pris les précautions nécessaires pour empêcher qu'un passant ne tombe pas dans une cave qui s'ouvre directement sur le trottoir.

En se demandant quelle doit être l'abstention pour la-

(1) Cours de Doctorat (Droit civil approfondi), 1925-26, 7^e partie, « L'obligation délictuelle », p. 260 et ss.

quelle on peut être trouvé responsable, M. Piédelièvre estime qu'il faut suivre à cet égard la voie tracée par la jurisprudence qui demande deux conditions : 1° « Il faut une abstention telle qu'un père de famille très diligent ne l'aurait pas commise ; 2° Il faut que cette abstention soit la cause directe et immédiate du préjudice causé ». Si ce rapport de cause à effet n'existe pas, il n'y a pas de responsabilité. Sans doute il peut y avoir faute morale, mais pas de responsabilité civile, parce qu'il n'y a pas de relation directe entre le dommage et l'abstention (1).

En ce qui concerne l'opinion de M. Piédelièvre sur le devoir moral, nous reviendrons dans notre deuxième partie. Nous signalons ici que M. Piédelièvre dans le cas d'une omission comme par exemple celle d'un maire qui ne proteste pas contre l'attribution d'un emprunt à sa commune (1), dit « qu'il y a là manquement non à une obligation juridique, mais à un devoir qu'aurait rempli le diligentissimus pater familias ».

Si on admet l'opinion de M. Piédelièvre, il faut conclure qu'il y a des devoirs de faire qui malgré leur caractère non juridique, peuvent, par leur inaccomplissement, faire découler une responsabilité civile. Autrement, comment expliquer la responsabilité pour inaction ? Toute condamnation aux dommages-intérêts suppose une faute juridique. Il y a faute juridique chaque fois qu'on n'a pas fait ce qu'un parfait père de famille aurait fait.

Le devoir de faire reçoit un caractère beaucoup plus étendu qu'on le croit au début. Qu'on parle d'une omission qui n'aurait pas commis le diligentissimus pater familias,

(1) Cours cité p. 261.

(2) Voir Cass. 16 avril 1894 (S. 1895-1-275 précité).

comme le fait M. Piédelièvre, ou d'une obligation préexistante de faire, comme le font généralement les auteurs juridiques, il faudra reconnaître, comme nous l'avons dit plus haut, que la faute d'omission est une question de fait : c'est au juge de dire quand il s'agit d'une faute d'omission. Le critérium ne peut pas être établi ni d'après la théorie de M. Emm. Lévy qui parle de la confiance légitime trompée. Pour qu'une personne puisse avoir la confiance, il faut qu'une autre personne soit tenue à quelque chose. Or, quand il s'agit d'une abstention, toute la difficulté est celle de dire : quand existait-il un devoir légal d'agir de telle façon qu'une personne puisse attendre quelque chose liée de ce devoir ?

Le principe moral qui existe à la base de toute responsabilité civile est celui de ne pas nuire à autrui. Or, nous avons prouvé qu'on peut contrevenir à ce devoir moral par une omission. Le devoir positif d'agir n'est pas toujours en fonction d'un texte spécial. L'équité veut qu'on ne nuise à personne ; et qu'importe, si pour ne pas nuire, il faut obliger quelqu'un à faire quelque chose ?

Quand nous avons dit que toute personne est tenue de veiller sur les conséquences de ses actes, nous avons démontré qu'il y a dans ce devoir une obligation générale de faire. Quand on dit qu'on est responsable pour ne pas avoir réfléchi aux conséquences d'un acte, cela veut dire qu'on est tenu avant toute autre, d'une obligation de faire : celle de réfléchir. La prévoyance est quelque chose qu'on demande avant l'action même. Ne pas avoir cette prévoyance, c'est ne pas tenir compte d'un devoir juridique, qui est en même temps un devoir moral. Nous avons montré que c'est une erreur de dire que quelqu'un est responsable pour le fait d'avoir mis un ascenseur en circulation. Avoir un ascenseur est une chose licite, et personne ne songe à

trouver son semblable en faute, parce qu'il a un ascenseur. Nous n'avons pas encore introduit dans notre jurisprudence le principe du risque dans la responsabilité civile, sauf dans des cas prévus par un texte spécial. Comme nous l'avons vu, on est responsable, parce qu'on n'a pas fait quelque chose ; qu'on a omis de prendre des précautions nécessaires ; qu'on n'a pas prévu les conséquences d'un acte ; qu'on ne s'est pas comporté de la façon requise pour éviter un dommage à autrui. La faute d'omission a un caractère beaucoup plus étendu, qu'on ne le croit.

Le chauffeur qui a provoqué un accident est en faute pour ne pas avoir bloqué ses freins, diminué sa vitesse ; enfin parce qu'il n'a pas fait quelque chose qu'aurait pu faire un chauffeur diligent. Sa faute consiste dans une abstention. La faute d'omission, on a pu le voir, s'applique généralement aux professionnels. Ils auraient dû faire quelque chose en conformité avec leur profession : ils ne l'ont pas fait. On se trouve dans ces cas presque toujours en présence d'une faute d'omission.

On a vu aussi que tous les articles qui précisent la responsabilité civile obligent encore soit un père, soit le propriétaire ou le gardien d'une chose ou d'un animal à faire quelque chose : le devoir de garde et de surveillance. Il faut donc reconnaître qu'il y a des devoirs de faire, en nombre assez grand. Il est d'ailleurs curieux que la Doctrine fasse, généralement, si peu allusion à la faute d'omission. C'est surtout la Jurisprudence qui dégage d'une façon plus étendue, comme on l'a pu voir, la faute pour omission qui est aussi fréquente que celle pour action.

CHAPITRE V

REFUS DE CONTRACTER

SECTION I

52. L'abstention de ceux qui exercent une profession en vertu d'un monopole. — 53. Le motif légitime. — 54. Des cas où l'abstention n'est pas licite même si elle est motivée. — 55. La période pré-contractuelle. — 56. L'abstention qui constitue un abus. — 57. L'abstention en conflit avec les lois. — 58. Le refus d'embauchage et le refus de vendre. — 59. La nature de la faute dans le refus de contracter. — 60. La question de la preuve. — 61. Le refus d'admission dans un syndicat.

52. Le refus de contracter est en principe licite. Il y a cependant des exceptions à cette règle générale. Ceux qui exercent leur profession par suite d'une investiture des pouvoirs publics ne peuvent pas choisir leurs clients. Ils sont tenus de prêter le secours de leur fonction à toute personne qui le sollicite (1). Les avoués, les agents de change, les notaires, etc... ne peuvent pas refuser leur service, mais un avocat peut le faire (2).

(1) Cf. Jossierand : « De l'esprit des droits et de leur relativité », p. 119.

(2) Un refus de prêter service peut rendre responsable un professionnel si son abstention a un caractère blâmable pour la personne refusée. Un prêtre qui avait refusé d'administrer la première communion a été condamné à des dommages-intérêts (Trib. Bressuire, 24 mai 1892. *La loi*, 3 sept. 1892).

La question présente un caractère plus sérieux quand celui qui s'abstient et ne veut pas contracter exerce une profession qui constitue un monopole de fait ou de droit. Etant investi d'un privilège, ceux qui exercent une profession en vertu de ce privilège, ont le devoir de se tenir toujours à la disposition du public dans les limites de leurs règlements et dispositions spéciales.

Prenons d'abord les compagnies de chemins de fer. M. Jossierand (1) écrit : « qu'il dépend de tout individu de se saisir des offres collectives contenues dans les tarifs, pour en faire jaillir un contrat de marchandises à la formation duquel les compagnies ne sauraient se dérober, car leur réceptivité est à cet égard presque absolue ».

Les considérations invoquées pour expliquer cette obligation sont les deux suivantes :

A) Une compagnie de chemin de fer est en état permanent d'offre. Par les tarifs affichés comme par le fait de mettre les entrées de ses gares à la disposition du public, une compagnie de chemins de fer adresse des sollicitations à qui veut les accepter ;

B) Les compagnies de chemins de fer jouissent d'un monopole de fait et de droit (2). C'est pour ces raisons que quelqu'un qui se voit refuser les services d'une compagnie de chemins de fer peut demander des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382. Une personne, en effet, qui subit ce refus, ne peut s'adresser ailleurs. De plus, les opérations faites par les transporteurs sont nécessaires à tout individu.

(1) Cf. Jossierand : « Les transports », 2^e édition, n^o 385.

(2) Cf. Jossierand : « Transports », loc. cit

La jurisprudence a eu l'occasion de faire application du principe que nous discutons. C'est ainsi que dans un cas de refus de transporter des marchandises, une compagnie s'est vue condamnée à des dommages-intérêts. Voici le motif invoqué par la Cour de Cassation (1) : « Attendu que les compagnies de chemins de fer qui n'exercent le privilège que la loi leur a accordé, que sous la condition d'opérer le transport des marchandises et des voyageurs dans les termes de leurs tarifs, ne peuvent, sans motifs légitimes, se refuser à l'exécution du mandat de transport qui leur est donné, etc... ».

Un autre arrêt (2) a décidé qu'une compagnie de chemins de fer n'a pas le droit absolu de fermer ses gares et si elle veut le faire, elle doit prendre toutes les mesures pour prévenir le public de cette fermeture. D'après cet arrêt, toute personne peut considérer qu'ayant à faire des transports, elle aura à sa disposition les moyens offerts par les compagnies de chemins de fer. Si la compagnie se trouve, à un moment donné, dans l'impossibilité de satisfaire aux exigences de sa charge, elle est obligée de porter à la connaissance du public cette impossibilité momentanée.

La même obligation existe pour un entrepreneur de messageries. Un entrepreneur qui a établi un service public et régulier entre une localité et une station de chemins de fer ne peut pas refuser aux voyageurs les places disponibles.

La Cour de Cassation (3) a décidé que le refus de quelqu'un qui exerce la profession de transporteur public — surtout quand il n'y a pas de concurrence — doit être légi-

(1) D. P. 1857-1-176.

(2) D. P. 1873-1-330.

(3) Civ. 3 Décembre 1867. D. P. 1867-1-471

timé. Qu'en tout cas : « un refus ne peut pas avoir pour cause une pure récrimination » et que « du moment qu'on a créé un préjudice, on doit le réparer ».

Pour refuser un service sollicité, quelqu'un qui exerce en vertu d'un état de monopole doit motiver son refus. Il faut, nous dit la jurisprudence, un motif légitime (1).

Prenons un exemple : La ville de Nice a concédé à L... un domaine municipal, en vue de construire un casino. Le contrat de concession parle d'un véritable privilège. En tous cas le casino de L... est le seul dans ce genre. Or, L... refuse l'entrée de ce casino à B... Celui-ci demande des dommages-intérêts. Le tribunal de commerce de Nice (2) reconnaît « que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas absolu, ayant pour limites certaines nécessités d'ordre public et ne peut être invoqué par les industries privilégiées exerçant un monopole ». Après avoir reconnu que « la concession a été motivée, en principe, par l'utilité d'établir à Nice un casino avec jardin d'hiver, qu'il a donc un caractère d'utilité générale ; qu'il n'est justifié d'aucun grief personnel à l'encontre de B... », le même tribunal termine en disant que celui-ci « n'ayant éprouvé aucun préjudice, il n'y a pas lieu de lui allouer de dommages-intérêts ».

C'est la société du casino qui fait appel, désirant obtenir un jugement dans lequel on reconnaisse son droit absolu de recevoir qui bon lui semble. Or, la Cour d'appel d'Aix, par un arrêt du 16 avril 1894 refuse au propriétaire du casino la faculté d'user sans limites de son droit de refus d'acceptation « une pareille faculté doit engager la responsabilité de

(1) Voir les arrêts cités et les arrêts suivants.

(2) Arrêt du 2 Janvier 1893. ... D. P. 1896-1-449.

celui qui l'exerce ; ça serait permettre à un propriétaire de casino d'infliger publiquement, selon son bon plaisir, aux personnes les plus recommandables, un véritable outrage et une sanglante humiliation ». En approuvant le premier jugement, la Cour d'appel constate cependant que le casino de Nice avait à tort refusé l'entrée à B... ; que les juges du premier degré auraient dû logiquement en déduire l'existence d'un préjudice moral.

La Cour de Cassation a approuvé le raisonnement de la Cour d'appel, déclarant en outre « qu'e c'est par caprice ou par rancune que le casino de Nice a refusé à B... l'entrée ».

La règle de la liberté du commerce doit être conçue seulement dans un régime de libre concurrence. Quelqu'un qui est refusé par un commerçant — dans un régime de concurrence — trouvera ailleurs ce qu'il lui faut. Mais dans le cas du monopole, il n'y a plus cette faculté de choisir. On va voir qu'un boulanger — pour des convenances personnelles — peut refuser de vendre du pain. Ce cas s'est présenté à Paris. Supposons que ce refus se serait produit dans un village où il n'y a qu'une seule boulangerie. Est-ce que là encore on pourrait invoquer le principe de la liberté du commerce ? Nous ne le croyons pas.

Si la personne qui se voit refuser du pain brise les fenêtres ou commet un autre délit pour pénétrer dans la boulangerie et prendre le pain qui lui est absolument nécessaire, nous nous demandons si elle pourra être condamnée étant en état de légitime défense ? Le refus du boulanger, dans les circonstances ci-dessus, devient un péril pour l'ordre public. Quel juge pourrait condamner un individu qui s'est défendu étant menacé de mourir de faim ? Si rarement qu'un pareil cas puisse arriver, il peut se présenter quand même.

Les circonstances sont telles qu'un jugement devra en tenir le plus grand compte.

L'utilité absolue d'une chose est une considération qui doit entrer en ligne de compte parmi les autres considérations.

53. On admet généralement qu'il faut un motif légitime pour refuser de contracter dans le cas où il y a monopole (1). La preuve est alors renversée. Ce n'est plus le demandeur qui doit prouver les motifs injustes qui ont décidé quelqu'un à lui refuser un service ou la vente d'une marchandise.

C'est à celui qui s'est abstenu, ne voulant pas contracter, de faire la preuve qu'il en avait des motifs légitimes. C'est ainsi qu'une compagnie de chemins de fer qui refuse le transport à un voyageur, doit faire la preuve que ce voyageur était en état d'ivresse ou atteint d'une maladie contagieuse (2). C'est à l'auteur du refus qu'il incombe d'établir la réalité des circonstances toutes particulières « qui lui ont permis de décliner la conclusion d'une opération en principe obligatoire pour lui » (3). La preuve du motif légitime est à la charge de la défense, parce que normalement il doit contracter et que son abstention est un acte contraire à son activité professionnelle.

54. Nous croyons qu'il y a des cas où même avec un *motif légitime* on ne peut pas refuser de contracter.

Un pharmacien a refusé de vendre des médicaments à un malade, pour le motif que l'ordonnance était signée par un médecin avec lequel le pharmacien était en querelle. Le

(1) Voir Josserand, op. cit. loc. cit. ; Morel, Rev. trim. 1908, p. 289.

(2) D. 11 Novembre 1917, art. 81.

(3) Josserand, op. cit., p. 121

tribunal de Tizi-Ouzou (1) l'a condamné par un jugement du 26 décembre 1923, en déclarant qu'il avait abusé de son droit, en refusant de vendre, par animosité contre le médecin signataire de l'ordonnance.

Le pharmacien a invoqué le principe de la liberté de transactions commerciales, principe consacré par la loi du 17 mars 1791. Mais le tribunal a répondu que le pharmacien est un commerçant d'un ordre tout particulier puisque :

a) il exerce une profession commerciale pour laquelle un diplôme est exigé ;

b) il a un monopole de droit, étant seul autorisé, en conformité des articles 25 et 33 de la loi du 21 Germinal an II, à fabriquer, vendre et débiter des médicaments ;

c) il a un monopole de fait, étant le seul pharmacien existant à Dellys. « Attendu, dit l'arrêt, qu'en poussant à l'extrême la théorie de G... on aboutirait à cette conséquence absurde, pour ne pas dire plus, que dans une ville où il y aurait plusieurs pharmaciens, par la simple volonté de ces derniers, la santé des malades pourrait être gravement compromise. Attendu qu'en se conduisant comme il est dit ci-dessus, G... a abusé de son droit, avec intention de nuire...; que ce qu'il a fait n'était d'aucune utilité pour lui, condamne, etc... »

Le jugement ci-dessus est d'une assez grande importance. Il figure parmi les rares décisions qui cherchent à mettre une limite à la liberté du commerce et de l'industrie, dont on a tant abusé.

Seulement nous ne sommes pas d'accord sur les motifs invoqués. Parmi les trois qui sont donnés nous écartons les

(1) Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine 1923-33, p. 274, note Randonant.

deux premiers. Le fait d'exercer en vertu d'un diplôme ne peut pas être considéré comme obligeant à contracter. Nous avons vu que tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un avocat ou un médecin, qui eux aussi exercent en vertu d'un diplôme, ne peuvent pas être juridiquement obligés de prêter leur office, s'ils n'y consentent pas. En ce qui concerne le deuxième argument qui invoque la loi du 21 Germinal an II, cette loi s'occupe de la réglementation des obligations des pharmaciens en général. On dit que dorénavant seuls les pharmaciens auront telles ou telles attributions ; on parle donc de droits conférés à une catégorie de personnes, de même qu'une autre loi s'occupe du droit de ceux qui sont avocats ou médecins.

Reste donc à retenir le troisième argument, celui du monopole de fait. Cet argument a été assez souvent invoqué : nous nous en sommes occupés spécialement.

Rappelons ici que le pharmacien en question étant le seul dans sa localité, aurait dû se rendre compte que son refus pouvait être fatal à un malade.

Mais supposons qu'il y aurait eu deux pharmaciens : est-ce que de ce fait le refus aurait été permis ? N'existe-t-il pas d'ailleurs un motif plus puissant qui engendre la responsabilité de ce pharmacien ? Comme le fait très bien remarquer le tribunal dans le jugement ci-dessus, à savoir « que dans une ville où il y aurait plusieurs pharmaciens, par la simple volonté de ces derniers, la santé des malades pourrait être gravement compromise ». Il suffirait qu'un habitant déplaie à ceux qui exercent un métier duquel dépend la vie des personnes, pour qu'il fût à la merci de leur refus.

Dans le cas ci-dessus, le pharmacien était obligé de vendre des médicaments, parce que sa profession, et le fait d'être le seul pharmacien lui en créaient l'obligation. Nous

croyons donc qu'il faut faire une distinction : le fait d'être médecin ou pharmacien n'est pas comparable au point de vue du monopole de fait à l'état de voiturier, par exemple. *La nature de la profession* a aussi son importance quand on établit la responsabilité de quelqu'un qui refuse de contracter. Donc le fait seul du monopole ne suffit pas parfois à obliger une personne à contracter.

Celui qui refuse de transporter un voyageur, même quand il exerce un monopole de fait, n'est plus responsable si son refus est la conséquence d'un motif légitime. Nous avons fait ressortir l'idée de ce motif légitime ; mais dans le cas du pharmacien ou du médecin qui exercent aussi un monopole de fait, peut-on également invoquer le motif légitime ? Quel pourrait être ce motif légitime pour refuser de secourir une personne très malade ? Comme se le demande M. Radouant (1) : « Est-il juste pour un intérêt pécuniaire légitimement motivé, de refuser des médicaments à un malade en danger de mort ? ».

Il y a donc là une responsabilité plus lourde que dans d'autres cas, où il s'agit bien d'un monopole de fait mais où le refus de contracter produit un simple dommage matériel. La vie humaine ne peut pas être considérée sous le même point de vue qu'une simple question patrimoniale.

Ce sont ces faits qui ont été pris en considération par les juges, sans qu'ils les aient exprimés dans la série des motifs énoncés par eux. Entre l'intérêt de celui qui s'abrite derrière le principe de la liberté du commerce, et l'intérêt d'un malade qui souffre inutilement à cause de l'abus qui est fait du droit qu'a un commerçant de ne pas vendre, le deuxième

(1) Note, Revue Algérienne 1922-23, page 277. 2^e partie.

intérêt nous apparaît plus digne d'être pris en considération.

55. Nous avons dit que le grand principe de la liberté de contracter eut à subir quelques dérogations. C'est surtout en matière de contrat du travail que la jurisprudence a tenté de limiter une liberté que l'on supposait jusqu'alors presque absolue.

Il faut reconnaître tout d'abord que le cas qui peut se présenter n'est pas si simple qu'on le croirait à priori. En effet : un patron qui fait une offre en déclarant qu'il cherche de la main-d'œuvre, ne peut pas être lié par une simple acceptation de la part de l'ouvrier. L'adhésion du travailleur ne suffit pas parce que les *qualités personnelles* des parties étant essentielles pour la formation d'un contrat de travail, ce dernier ne peut être conclu que si ces qualités sont connues des contractants. On ne peut donc pas dire qu'un patron engage sa responsabilité par le simple fait de refuser, la question d'« *intuitus personæ* » étant conçue dès le commencement. Toute annonce d'embauchage d'ouvriers renferme implicitement l'idée que des pourparlers seront engagés.

Si le patron, dans son refus, n'oppose pas des considérations techniques qui peuvent être en rapport avec son industrie, mais si des circonstances il résulte la mauvaise intention de l'agent, la jurisprudence fait une application du principe de l'abus de droit pour établir ainsi la responsabilité du patron.

Le principe que « le droit n'existe que s'il a pour base un intérêt sérieux et légitime » (1) a trouvé son application.

« Les facultés que la loi reconnaît à l'individu ne sau-

(1) Dufau Saragosse, Revue critique 1899, p. 494.

raient être rapetissées entre les mains de l'homme, au rôle puéril d'un hochet ; elles ne peuvent davantage être pour lui un instrument de vexation contre son semblable. Les droits ont été sanctionnés par le législateur pour assurer la paix dans la société, et non pour servir des rancunes individuelles » (1). Refuser de contracter, seulement dans le but de nuire, c'est vraiment un abus. L'abstention d'un individu n'est pas alors digne d'être protégée en faisant intervenir la notion de « liberté de contracter ». Il y a là quelque chose de choquant.

Ithéring dans sa « *Culpa in contrahendo* » n^{os} 16 et 21) parle d'une responsabilité pré-contractuelle. Quand deux personnes engagent des pourparlers, ce qui doit être à leur base c'est la complète bonne foi. Cette obligation de bonne foi s'oppose au but préalable de nuire. On se demande alors si on ne peut pas fonder la responsabilité résultant du refus de contracter sur l'idée d'un manquement à la bonne foi présumée. En France d'ailleurs, M. Saleilles a analysé cette responsabilité pré-contractuelle » (2) en se basant sur la même idée, à savoir : qu'à la base de toute discussion en vue d'arriver à la conclusion d'un contrat, il faut agir de bonne foi.

56. Mais on peut également soutenir que le refus de contracter est purement et simplement un délit qui engendre la responsabilité édictée par l'article 1382. C'est ce point de vue qui a été accepté par la jurisprudence. L'idée d'une faute précontractuelle est bien compliquée parce que dans la matière qui nous intéresse, une des parties n'accepte

(1) Dufau Saragosse, art. cit.

(2) Revue trimestrielle de droit (août 1907).

même pas de commencer des pourparlers avec l'autre. La responsabilité pré-contractuelle disparaît alors.

La notion classique de « faute délictuelle » représente pour le cas de refus de contracter une rubrique appropriée.

Les tribunaux ont eu l'occasion de se prononcer à l'égard du refus de contracter. On a fait l'application du principe de l'abus du droit en concluant que le refus d'embauchage n'est pas licite s'il est inspiré par l'intention de nuire (1).

Le point de vue auquel se place la jurisprudence est le suivant : on est libre de s'abstenir, donc de ne pas contracter. Cette abstention devient fautive du moment que le but de nuire est à la base de l'abstention. La notion classique de l'inertie est changée. Ne pas contracter est un droit, mais ne pas contracter pour faire du mal est un abus.

M. Planiol s'oppose à cette nouvelle tendance : En partant de la prémisse que toute responsabilité suppose une faute, M. Planiol constate : « Si j'ai le droit de faire un acte déterminé, je ne suis pas en faute pour l'avoir accompli ; et si j'ai le droit de m'en abstenir, je ne suis pas en faute pour l'avoir omis ».

Or c'est contre cette idée que se sont élevés quelques auteurs qui ont vu triompher leur point de vue dans la jurisprudence.

M. Morel nous dit que lorsque le patron n'a fait aucune offre d'embauchage, il ne peut être question pour lui de responsabilité. « Si, au contraire — nous dit M. Morel — il a provoqué les demandes de travail, il n'y a aucune raison pour ne pas lui appliquer les principes de l'abus de droit. Le patron pourra être responsable si son refus s'explique uni-

(1) Planiol, 2. N° 908.

quement par le désir de porter atteinte au droit qu'a tout ouvrier de faire partie d'un syndicat » (1).

Le droit de s'abstenir n'est pas celui qui est présumé par M. Planiol. La liberté contractuelle envisagée sous sa forme négative devient tout à fait relative (2). Le refus de contracter devient générateur de responsabilité. Il n'y a plus liberté d'abstention du moment qu'en matière contractuelle on peut aussi concevoir la responsabilité pour quelque chose qu'on ne fait pas. Tout dépend d'une analyse des circonstances dans lesquelles une abstention s'est produite. Ici encore les pouvoirs d'appréciation du juge sont critiqués. M. Planiol (3), craint les pouvoirs du juge : « parce que le droit des patrons dépend d'une appréciation d'ordre psychologique, à faire par les magistrats et l'on peut craindre que l'expérience ne montre bientôt combien est fragile et fausse la doctrine qui fait varier l'étendue d'un droit d'après l'intention de celui qui l'exerce ». Dans la même note, M. Planiol se demande si le refus d'embauchage devra désormais être justifié comme le congé. L'éminent civiliste se déclare contre cette immixtion de la part du juge qui cherche à établir les mobiles de l'abstention, parce que, dit M. Planiol (4) : « Il semble bien qu'un patron est libre de choisir son personnel comme il l'entend ; dans beaucoup de cas les questions de nationalité, de santé, d'âge peuvent être déterminantes, il est naturel ainsi qu'un sentiment d'animosité préexistant puisse être un motif légitime pour s'abstenir

(1) Morel, *op. cit.*

(2) L'article 410 du code pénal norvégien contient la disposition suivante : « Quiconque, sans motif légitime se refuse à prendre quelqu'un à son service ou le renvoie, est puni d'amende ».

(3) Voir note qui accompagne l'arrêt de la Cour de Cassation. D. P. 1906-1-113.

(4) Note citée. D. P. 1906-1-118.

d'employer un ouvrier alors qu'on prévoit que sa présence dans l'atelier peut devenir une cause de querelle ou de désordres ».

De la part de M. Planiol une pareille défense de la liberté de contracter ne nous étonne pas. Cet auteur n'admet pas la possibilité de déclarer quelqu'un responsable quand celui-ci abuse de son droit.

57. Le tribunal de commerce d'Epernay (1) a motivé son arrêt par des considérations qui s'appuient sur une idée d'ordre public. Ainsi, après avoir reconnu qu'il est loisible à un patron de refuser d'embaucher un ouvrier quel qu'il soit, quand celui-ci ne lui paraît pas dans les conditions voulues pour remplir un emploi déterminé, le tribunal ajoute : « mais attendu que le fait de refuser de prendre un employé, ou d'engager un artiste sans examen et sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat, constitue, non plus l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable abus engendrant une faute réelle ; que la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels est égale pour tous ; que ce serait menacer gravement la formation et l'existence même des syndicats ouvriers que de laisser passer sans répression le fait, par un patron, de se refuser systématiquement à embaucher un ouvrier, par cette seule raison qu'il fait partie d'un syndicat ; qu'on doit y voir, au contraire, une atteinte manifeste et grave portée tant à la liberté de la constitution syndicale reconnue expressément par l'art. 2 de la loi précitée, qu'au travail même, etc... etc... »

Le jugement conclue en admettant que le syndicat contre lequel est dirigée une mise à l'index est fondé à réclamer

(1) D. P. 1908-2-78.

au patron la réparation du préjudice qu'il lui aurait causé abusivement.

On le voit, le tribunal d'Epernay a déclaré contraire à l'ordre public le refus d'embaucher des ouvriers syndiqués. Quelqu'un ne peut donc pas se soustraire à l'obligation de contracter quand par son abstention il manifeste des intentions nuisibles aux autres. Le droit qu'a toute personne de s'abstenir devient bien relatif quand, en face de ce droit il s'en trouve un autre, consacré par une loi. « En décider autrement — continue l'arrêt — cela nous amènerait à sanctionner, comme possible et légal, *ce fait manifestement contraire à l'ordre public* et aux nécessités de l'existence, qu'un syndicat patronal pourrait exclure du droit au travail toute une catégorie d'ouvriers ».

A l'occasion d'un autre arrêt, on a pu connaître l'avis de la Cour de Cassation (1). Il s'agissait d'une condamnation à des dommages-intérêts dirigée contre un patron qui refusait d'embaucher des ouvriers syndiqués, jugement rendu par le juge de paix du 1^{er} canton de Bordeaux, le 18 août 1903. Le tribunal civil de Bordeaux a confirmé le premier jugement le 14 décembre 1903. La Cour de Cassation avait à examiner si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'avait pas été violé et si on n'avait pas fait une fausse application des art. 1382 et 1384. Des motifs donnés par la Cour suprême on peut déduire que le simple refus d'embauchage ne peut pas constituer par lui-même une faute. Cette faute « se serait manifestée par l'esprit de malveillance qui aurait présidé aux agissements du patron ». Ce

(1) Ch. req. 13 Mars 1905. D. P. 1906-1-113.

sont ces considérations qui ont fait confirmer le premier jugement rendu par le juge du 1^{er} canton de Bordeaux.

L'abstention en matière contractuelle est donc une question qui nécessite l'examen des circonstances dans lesquelles un refus s'est produit. M. Planiol (1) nous dit que l'arrêt de la Cour de Cassation ne précise pas principalement quelles doivent être ces circonstances : « Tout le problème se ramène ainsi à l'appréciation des circonstances, selon l'habitude de la jurisprudence moderne qui réserve le plus possible au juge le pouvoir de statuer alternativement dans les deux sens pour des raisons de fait ».

Dans un autre arrêt (2) la Cour de Cassation a motivé son point de vue dans les termes suivants : « Le fait de refuser d'embaucher des ouvriers syndiqués ayant pour mobile non le souci des intérêts professionnels de l'employeur mais une pensée d'hostilité contre le syndicat, est contraire à la loi ».

58. Il est vrai que dans d'autres cas la Cour de Cassation a admis l'existence d'une liberté entière pour un propriétaire qui ne voulait pas céder sa propriété (3). La Cour suprême a trouvé que même si quelqu'un agit par caprice il ne commet pas un abus de droit « en refusant de céder à la société le terrain lui appartenant pour permettre d'élargir un canal et ce, bien que ce terrain, composé de roches, graviers, et terres sans utilité pour lui, fût estimé à un prix triple de sa valeur... que donc, loin de faire un usage abusif de son droit de propriété, il s'est borné à vouloir le conserver ».

Malgré cela on ne peut pas contester que le refus de

(1) Note de M. Planiol. D. P. 1906-1-113.

(2) Civ. 9 Mars 1915. S. 1916-1-72.

(3) Req. 24 Novembre 1924. S. 1925-1-217. Note de M. Brethe.

vendre un terrain absolument inutile et pour lequel on a offert un prix trois fois supérieur à sa valeur réelle ne constitue pas une intention de nuire.

Seul M. Demogue (1) croit que la Cour de Cassation a peut-être été effrayée à l'idée d'obliger un propriétaire à se dessaisir de sa propriété. Et la distinction que la Cour fait entre le cas de refus d'embauchage et le cas où quelqu'un refuse de vendre pour nuire, s'explique d'après M. Demogue (2) par cette idée « que la Cour veut limiter l'application de l'abus de droit au cas d'intention de nuire et ne pas l'appliquer à un entêtement qui se révèle anormal ».

Qu'il nous soit permis de dire que nous ne sommes pas du même avis que M. Demogue. L'intention de nuire existe dans un cas comme dans l'autre. Du moment qu'on oblige quelqu'un à contracter contre sa volonté on pourrait l'obliger à vendre dans les mêmes conditions parce qu'un propriétaire qui refuse de vendre un terrain « en nature de roche, sans utilité pour lui » et « auquel on a offert un prix triple de sa valeur » veut faire du mal aussi bien que celui qui voit un ennemi dans toute personne syndiquée.

La distinction, nous croyons qu'elle existe ailleurs. En effet, dans les arrêts qui s'occupent du refus de contracter de la part des patrons, on fait toujours intervenir l'idée qu'ils contreviennent à une loi d'ordre public qui admet et organise l'association syndicale. On a trouvé que c'est une atteinte à la liberté d'autrui que de lui faire grief d'avoir usé d'un droit qui lui est consenti par une loi.

Pour pouvoir obliger quelqu'un à vendre — du moment qu'il n'a fait aucune démarche — il faudrait un texte spé-

(1) Revue trimestrielle 1926, p. 134.

(2) Revue trimestrielle 1926, p. 134.

cial, texte qui obligerait le propriétaire à se laisser exproprier (1). Autrement, le refus de céder une propriété ne constitue pas un abus de droit. Les deux cas ne sont donc pas identiques. Dans celui du refus de conclure un contrat de travail la Cour de Cassation oppose à la liberté de contracter une autre liberté aussi digne d'intérêt : celle qui appartient à toute personne de s'inscrire dans un syndicat reconnu par la loi. *Entre les deux libertés qui se trouvent face à face, on cherche à établir dans laquelle des deux existe l'intention de nuire.* Celui qui fera un mauvais usage de sa liberté sera responsable, alors que dans le refus de vendre qui est une conséquence de l'idée de propriété, elle aussi liée à une conception de la liberté personnelle, il y a du côté de celui qui offre un prix une intention d'enrichissement absolument particulière, qui n'a plus la valeur d'une utilité basée sur l'ordre public.

A une idée de liberté individuelle on oppose une idée de caractère patrimonial. La différence est bien grande. Les questions qui se rattachent à la liberté individuelle ont toujours été distinguées de celles qui concernent le seul patrimoine.

Il n'y a pas de cas où on puisse parler absolument du refus de contracter de la part des *ouvriers*.

Quand un syndicat a mis un patron à l'index, c'est que plusieurs raisons amenaient les ouvriers au refus de conclure un contrat de travail.

On trouve une décision de la Cour de Paris (2) qui, le

(1) Voir la loi de 1919 sur les chutes d'eaux qui admet le principe d'expropriation pour la construction des usines. Dans le même sens les lois qui s'occupent de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(2) D. P. 1901-2-427. Voir encore dans le même sens la décision du 23 Août 1904, du tribunal civil de Soissons (S. 1906-2-301) ; Tribunal civil de Besançon 31 décembre 1909 (Moniteur judiciaire de Lyon, 23 Février 1910) ; Cour de Chambéry 4 Octobre 1910 D. 1911-2-187.

5 février 1901, a décidé qu'il y a abus manifeste de la part d'un syndicat à mettre ou maintenir à l'index un patron alors que, la grève finie, aucun intérêt professionnel n'est plus en jeu. Des sentences citées, il paraît résulter nettement que « la jurisprudence moderne ne regarde plus, en matière de contrat de travail, la liberté de refuser l'accord comme un droit sans limites : elle estime que cette liberté est destinée à permettre aux patrons et aux salariés de défendre le mieux possible leurs intérêts. Mais lorsqu'ils sortent de cet objectif pour user de leur droit dans un but d'hostilité à l'égard de l'autre partie, ils commettent un abus répréhensible et s'exposent à une condamnation à des dommages-intérêts » (1).

59. Nous avons écarté, dès le début de notre étude, la question du refus de contracter après avoir fait une offre. En ce cas la personne qui a adressé une offre de contrat est tenue par l'acceptation de la personne à laquelle l'offre a été adressée. Une offre lie moralement une personne pendant le temps qui lui est nécessaire pour faire connaître son acceptation.

L'offrant a fait quelque chose. Il est tenu de respecter un engagement pris. Dans ce cas nous sommes d'accord avec M. Ripert quand il dit (2) : « Il n'y aurait abus du droit de ne pas contracter que si une personne avait le devoir de contracter, par exemple si elle avait fait des offres au public mais alors il n'y a plus de droit de ne pas contracter, et il n'est plus besoin de parler d'abus ». Mais là où nous nous permettons de ne pas être d'accord avec l'éminent civiliste,

(1) Théry René, Réglementation jurisprudentielle. Thèse, Paris 1913, p. 29.

(2) La Règle morale dans les obligations civiles, p. 169.

c'est quand il dit à la même place, que si on peut relever une faute c'est non envers celui qui voulait contracter, mais que le fait de ne pas contracter constitue une faute précise commise envers un tiers. M. Ripert fait allusion aux syndicats qui se sont plaints des patrons qui refusaient d'accepter des ouvriers syndiqués. Les dommages accordés étaient considérés alors, d'après M. Ripert, non pas comme une réparation pour la faute commise envers le travailleur qui voulait contracter ; mais pour la faute commise envers le syndicat qui a eu à souffrir de ce refus. Or, nous avons démontré que dans les arrêts cités, les tribunaux parlent de liberté de travail qui est un droit aussi bien que le droit qu'a tout patron de contracter ou non. En face de la liberté du patron se dresse la liberté du travailleur qui peut faire partie d'un syndicat reconnu par la loi. M. Ripert parle d'une faute commise envers un tiers, ce tiers étant le syndicat qui aurait eu à souffrir du refus. Or, nous croyons que le syndicat n'aurait pas pu se plaindre, si la faute commise n'existait d'abord envers les ouvriers refusés. Peut-on nier que dans les décisions des tribunaux, proclamant que la prérogative des patrons de ne pas contracter n'est pas si absolue et discrétionnaire, il y ait implicitement confirmation de ce point, à savoir : qu'à cette liberté employée en vue de nuire, on oppose celle de l'ouvrier qui peut se syndiquer et auquel on ne peut pas faire le reproche de sa volonté d'organisation ? Accorder aux syndicats des dommages-intérêts, cela veut dire implicitement que la syndicalisation n'est pas un motif qui peut engendrer refus de contracter de la part du patron. D'après M. Ripert, la décision qui constate l'abus du droit de ne pas contracter regarde le syndicat lui-même. Or, peut-on nier qu'admettant la faute du patron vis-à-vis du syndicat, tout ouvrier syndiqué pourra

légitimement invoquer cette décision lorsqu'un tort lui sera causé en raison de sa qualité de membre ?

Supposons qu'un syndicat obtient des dommages-intérêts pour une faute commise par un refus de contracter. Un ouvrier sera refusé par un patron qui lui reprochera le fait d'être syndiqué. Du moment que le patron est en faute à l'égard du syndicat il sera considéré comme étant en faute vis-à-vis du syndiqué. M. Ripert considère le syndicat comme une tierce personne, une fiction qui n'a pas de relation avec les éléments qui le composent. Or, dans les arrêts que nous citons on parle d'une atteinte portée à la liberté qu'a tout ouvrier de s'organiser. L'abus de droit qu'on commet vis-à-vis d'un ouvrier auquel on reproche le fait d'être syndiqué n'existe pas seulement vis-à-vis du syndicat. Nous croyons qu'on peut parler d'une atteinte à la liberté personnelle de l'ouvrier qui engendre la responsabilité pour le patron — qui reste libre de ne pas contracter — mais sa liberté ne doit pas dépasser les intérêts légitimes pour embrasser des actes nuisibles.

Nous vivons dans une société où le droit au pain n'est pas encore acquis. L'industriel n'est pas considéré comme détenant un poste social. Il est donc libre de laisser l'ouvrier mourir de faim si tel est son bon plaisir. Son abstention ne doit pas être motivée. Cette liberté devient choquante quand elle tend à nuire aux autres même en donnant des arguments. L'abstention devient une faute parce qu'elle dépasse les limites justifiées pour des raisons techniques, économiques, etc... La manifestation du patron tend à sortir du domaine de l'industrie et à pénétrer dans le domaine où on trouve des mobiles plus sérieux et plus dignes de protection qu'un mauvais sentiment de nuire. A la conception individualiste qui permet le refus sans limites, on peut

opposer une autre conception, celle-ci sociale et d'ordre public, qui ne peut pas admettre de déconsidérer les grandes idées comme celles qui concernent le travail, la syndicalisation.

Le droit civil tel qu'il fût conçu par le législateur ne pouvait plus correspondre aux nécessités sociales imposées par l'évolution du machinisme et tant d'autres facteurs économiques. Toute la série de lois qui organisent le travail et s'occupent de la liberté individuelle de l'ouvrier, apporte une nouvelle conception des droits du travailleur. Ce serait méconnaître l'esprit de ces lois et leurs tendances que de juger les droits du patron seulement par rapport à la conception individualiste du Code civil. L'idée de faute n'est pas immuable. Elle évolue dans le temps et l'espace. Le juge ne peut pas rester en dehors des conceptions économiques, sociales et politiques qui ont pénétré dans les diverses lois.

Il doit suivre le mouvement, le comprendre. Le milieu dans lequel on juge doit donner son empreinte à la jurisprudence. C'est pourquoi nous parlons d'un abus de droit commis en dédaignant ce que la vie sociale a imposé comme droit acquis.

60. Pour arriver à une condamnation de celui qui refuse de contracter, la jurisprudence demande la preuve de l'abus de droit résultant du calcul méchant de faire du mal sans aucune raison. C'est donc à la partie qui se plaint de cet abus de droit qu'il incombe de faire la preuve de ses affirmations.

M. Ferron (1) estime que cette preuve n'a pas été fournie suffisamment dans les cas qui se sont présentés devant les

(1) Ferron, note S. 1905-2-17 et 20.

tribunaux. « Quels sont les faits que le jugement autorise les demandeurs à prouver, et qui, dans la pensée du tribunal, vont démontrer, s'ils sont établis, l'intention malveillante du patron ? Simplement ceci : que le patron a refusé, à partir d'une certaine date, d'embaucher les ouvriers appartenant au syndicat.

« C'était aux demandeurs à établir que le patron n'avait pas de motifs particuliers d'exclure de ses chantiers les ouvriers syndiqués. Une pareille preuve peut être fort difficile, mais ce n'est pas une raison pour renverser les règles ordinaires ».

Dans le refus d'embauchage, M. Ferron demande qu'on considère le patron comme ayant agi dans un but professionnel jusqu'à preuve du contraire. Bien qu'il reconnaisse « qu'une pareille preuve peut être fort difficile », M. Ferron l'exige cependant.

Nous croyons qu'il y a dans ce point de vue une exagération. L'auteur est d'accord sur le fait qu'un patron peut commettre des abus par son refus d'embauchage. Mais quand il faut faire une application de ce principe, on se heurte à des difficultés de procédure en matière de preuve, difficultés qui risquent de détruire le principe même. Dans les cas qui se sont présentés devant les tribunaux, l'intention malveillante était évidente. On a trouvé soit des lettres émanant des patrons, soit des circonstances telles qu'elles ne pouvaient laisser aucun doute sur l'intention de nuire. C'est pourquoi, dans la même note, M. Ferron reconnaît au juge, dans le cas où le droit paraît illimité, la faculté « de tracer, dans chaque espèce, la ligne idéale à laquelle s'arrête le droit de l'un pour commencer le droit de l'autre ».

Pour y aboutir « le juge doit s'inspirer de l'importance

relative des intérêts en présence, des mœurs, des idées, du milieu, des habitudes sociales ».

Pour constater si la limite normale a été dépassée dans l'exercice d'un droit, les circonstances peuvent fournir la source suffisante de la responsabilité.

Il ne faut surtout pas oublier que, dans le cas qui nous occupe particulièrement, c'est-à-dire l'abstention par refus de contracter, il est bien difficile de faire la preuve de l'intention de nuire.

L'exercice d'un droit devient abusif par un fait extérieur. Dans les divers cas où les tribunaux ont fait une application de la notion de l'abus de droit on se trouvait en présence d'un fait extérieur qui permettait de rechercher l'intention qui avait présidé à cette opération. Ainsi, dans le cas où un propriétaire avait fait adapter au puits de son voisin une pompe qui lui enlevait l'eau dont il avait besoin, on a trouvé que cette opération était inspirée exclusivement par l'envie de nuire (1). L'opération constituait en elle-même sa preuve parce qu'on se trouvait en présence d'un fait contrôlable. Dans d'autres décisions on trouve également celui qui a abusé de son droit en faisant quelque chose. Ainsi un propriétaire d'une maison avait élevé sur son toit une fausse cheminée dans le seul dessein d'assombrir la maison du voisin (2) ; un autre, « dans un but de taquinerie », avait édifié une cloison pleine en planches qui gênait le propriétaire du fonds voisin (3) ; d'autres propriétaires avaient édifié d'immenses carcasses en bois, hautes comme des maisons, uniquement pour créer des difficultés aux dirigeables qui étaient construits

(1) Lyon 18 Avril 1856 (D. P. 1856-2-199).

(2) Colmar 2 Mai 1855 (D. P. 1855-2-9).

(3) Tribunal civil Sedan 17 Décembre 1901 (S. 1904-2-217), note de M. G Appert.

par le voisin, propriétaire d'un hangar (1) ; d'autres, enfin, avaient abusé de leur droit en faisant des travaux ou des exercices qui produisaient un bruit anormal (2). Pour juger ces actes fautifs on se trouvait en présence d'une extériorisation de l'intention malicieuse ; mais, pour trouver que quelqu'un s'abstient, on se trouve en présence d'un fait négatif. Or ce fait négatif peut être la conséquence d'une intention de nuire.

Mais comment prouver un fait négatif ? Ce n'est pas facile. Voilà pourquoi nous estimons qu'il ne faut pas demander une preuve absolue. Nous nous trouvons en présence d'un refus qui ne laisse que rarement des traces. Ne pas conclure est égal à ne pas faire. Si, pour en arriver à la conclusion d'une abstention injustifiée, nous avons assez d'éléments dans les circonstances du refus, circonstances qui révèlent l'intention de nuire, il faut appliquer le principe de la responsabilité qu'on peut subir pour abus de droit.

61. Une autre jurisprudence établit la responsabilité pour refus d'admission dans un syndicat. C'est ainsi que la Cour d'appel de Colmar, par un arrêt du 15 Juillet 1924, condamne à des dommages-intérêts un syndicat professionnel de médecins pour avoir refusé l'admission d'un médecin français.

Pour arriver à la conclusion qu'on commet un délit par un pareil refus, la Cour de Colmar invoque plusieurs arguments (3) : Un syndicat médical est une association professionnelle créée librement, ouverte à tous les médecins qui adhèrent à ses statuts. Seuls les intérêts professionnels doi-

(1) Tribunal civil de Compiègne, 19 février 1913 (D. P. 1913-26-177), note de M. Josserand. Amiens, 12 Novembre 1913 et Req. 3 Août 1915 (D. P. 1917-1 79).

(2) Metz, 25 Août 1863 (D. P. 1864-2-111). Dijon, 10 Mars 1865 (D. P. 1865-2-144). Orléans, 29 Novembre 1889 (D. P. 1891-2-120). Tribunal civil Tours, 25 Mars 1904 (D. P. 1905-2-199).

(3) Revue juridique d'Alsace et de Lorraine 1925, p. 105. Dteur Rikhn O. Le syndicat des médecins de Strasbourg.

vent présider à l'admissibilité d'un nouveau membre. Les considérations tirées de la communauté des idées, des goûts, des tendances ou de l'éducation doivent rester étrangères à l'admissibilité. En second lieu l'article 826 du code civil all. qui parle d'un acte contraire aux bonnes mœurs a été invoqué en même temps que l'article 1382 du code civil français. Le tribunal d'Empire allemand a proclamé comme contraire aux bonnes mœurs le fait par un groupement d'hommes exerçant le même métier et formant un syndicat, de refuser l'acceptation d'un homme qui exerce la même profession (1). Le troisième argument invoqué est d'ordre public et d'humanité. Un groupe de praticiens qui se sont assurés « le monopole de l'art de guérir » dans une ville, ne peut pas empêcher un praticien non associé d'exercer son droit. L'arrêt parle même d'un devoir qu'a tout médecin de donner ses soins à tout malade qui le désire.

En quatrième lieu : dans une autre partie de sa décision, la Cour de Colmar parle du monopole de fait que peuvent exercer les syndicats.

Au lieu d'être un organe de protection pour l'individu, un syndicat — par le fait qu'il se trouve dans une situation de monopole — exerce au contraire une intolérable oppression qui rend illusoire le droit individuel du travailleur manuel ou intellectuel. « Toute association professionnelle — continue l'arrêt — ne saurait, sans transformer l'exercice normal de son droit, limité par le devoir de ne pas nuire à autrui, en un exercice exclusif et abusif, s'occuper de questions autres que celles relatives à l'étude et à la protection de ses intérêts professionnels ; et, en se créant dans une contrée un monopole, supprimer ou diminuer, pour un non-associé

(1) Reichsgericht vol. 57, p. 418 ; vol. 60, p. 105 ; vol. 66, p. 143.

refusé par elle, des avantages matériels, sinon honorifiques qu'elle s'est réservés par ce monopole ».

En vertu de ces considérations, on a accordé des dommages-intérêts au plaignant.

On voit donc qu'un syndicat professionnel n'est pas absolument libre de refuser à une personne de sa profession l'accès parmi ses membres. Les associations professionnelles tendent à devenir de plus en plus puissantes. Elles exercent souvent le monopole de fait si dangereux pour les individus qui ne peuvent pas s'en dispenser.

La Cour de Cassation allemande fait une application de l'idée des bonnes mœurs au refus opposé à quelqu'un qui demande son admission dans une association professionnelle. Ce refus constitue un blâme qui soumet l'individu à la volonté malveillante de ceux qui sont déjà organisés. Ce serait instituer une véritable terreur que d'admettre qu'un groupe peut écraser l'individu pour le simple motif que celui-ci ne lui agréé pas ; d'autant que parmi les motifs de refus figurait aussi la qualité de français de celui qui demandait son admission dans l'association professionnelle.

Toute autre serait la situation, si un candidat se voyait refusé par un groupe qui fait intervenir des conditions spéciales pour les candidats. C'est alors que « les considérations tirées de la communauté des idées, des goûts, des tendances ou de l'éducation » doivent avoir leur importance. On ne peut pas obliger un groupement à recevoir des membres qui sont d'une autre classe sociale ou qui appartiennent à une autre religion ou à une autre nationalité.

SECTION II

62. Les besoins de l'homme et l'abstention des individus. — 63. La question du contrat de confiance dans le refus du médecin. — 64. Quelques contrats d'adhésion. — 65. Des abstentions immorales.

62. Tout d'abord nous pensons qu'il y a certaines professions qu'on devrait considérer sous un autre point de vue que celui de la liberté individuelle. Il y a des raisons assez fortes qui militent en faveur de cette manière de voir. Supposons un homme malade qui a besoin d'un médecin. Sous différents prétextes le médecin ne veut pas porter secours à ce malade et prétend qu'il est libre de s'abstenir. Est-il en droit de refuser son secours ? « Un médecin n'est pas obligé de répondre à l'appel d'un malade », nous dit M. Ripert (1). « Il a le devoir moral, non l'obligation légale, de porter secours à ceux qui le font appeler. Son abstention ne saurait donc engager sa responsabilité ». On ne pourra pas soutenir qu'en présence d'une pareille situation, l'auteur de « La Règle morale dans les obligations civiles » serait content. Mais telle qu'elle existe aujourd'hui, la législation française — sous le même prétexte de protéger la liberté individuelle — ne contient pas une obligation légale pour le médecin de porter secours à un malade. C'est ainsi qu'on a pu voir un médecin refuser de recevoir chez lui une femme sur le point d'accoucher, sous prétexte qu'il avait des tapis fins dans son

(1) Revue critique 1912, p. 107.

cabinet et qu'il craignait de les abîmer (1). Là encore, faut-il parler d'une liberté d'agir sans limites ? Si on prend le cas du médecin qui refuse son assistance, on le trouve coupable. On répond qu'il n'est pas possible de le punir parce qu'une omission n'est punissable juridiquement que lorsque la victime avait légalement le droit d'exiger un service correspondant à une obligation légale.

Avant de discuter la nature du refus d'intervention, examinons un cas concret d'où il ressort qu'il peut y avoir une relation entre la non-intervention d'un médecin et la mort d'un malade. La non-intervention constitue la relation de cause à effet. Un arrêt du tribunal de Pau vient à l'appui de ces observations (2). Un médecin d'une compagnie de chemins de fer est appelé plusieurs fois à se rendre auprès d'un employé de la compagnie, qui se trouve malade. On lui expédie plusieurs télégrammes mais il n'y répond pas. Le malade meurt.

L'arrêt ci-dessus établit que la maladie, soignée dès son début, se termine habituellement par la guérison.

Or le médecin n'est pas venu pour donner les soins exigés par la maladie. Son abstention a été jugée fautive et on lui a attribué la mort de l'employé.

On a jugé le médecin coupable parce qu'on a fait intervenir l'idée de contrat qui l'obligeait à soigner les employés de la compagnie. Sans un engagement précédent — le contrat —, l'abstention est-elle digne d'être protégée si elle est le geste d'un médecin ?

(1) Voir le journal Paris-Soir du 10 Décembre 1928.

(2) 30 Juin 1913 (D. P. 1915-2-49). La Cour de Cassation a admis que le médecin est tenu dès qu'il a commencé à soigner un malade, de continuer son assistance jusqu'à complète guérison (Pau 1^{er} mai 1900 S. 1900-2-301 ; Cass. 18 juin 1895). Journal de la magistrature et du barreau, 1942, t. X, p. 207.

63. Un médecin qui exerce doit être considéré comme adressant une offre au public soit par le fait d'avoir apposé une plaque sur sa porte, soit parce qu'il fait partie d'une association professionnelle, soit encore parce qu'il a rempli des formalités imposées par la loi qui s'occupe de l'exercice de la médecine. Puisque le médecin a fait une offre, tout individu peut avoir recours à ses services. On peut objecter que le contrat passé avec un médecin est un contrat spécial, un *contrat de confiance*, d'où il s'ensuit qu'intervient dans ce cas la notion « d'intuitus personæ », qui ne veut pas qu'on se considère lié par une simple adhésion !

Nous répondrons à cette objection : si le contrat dont il s'agit est un contrat « intuitu personæ », c'est que l'acceptant doit avoir confiance dans le médecin. Du moment qu'il fait appel au médecin cela veut dire qu'il se fie à son savoir. Le problème de « l'intuitu personæ » n'a donc plus à intervenir.

Nous ne voyons aucune justification du refus d'un médecin pour des considérations autres que celles qui peuvent être attachées à sa spécialité. Homme de science, il ne doit voir dans l'individu que l'homme qui demande son assistance médicale. Le refus d'un médecin doit donc être, à notre avis, motivé. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'on pourrait admettre le refus d'un médecin comme légitime, car, comme nous le disons ailleurs, le fait qu'il s'agit d'une vie humaine — si morale que puisse être cette considération ! — doit valoir quelque chose même dans le droit positif.

L'article 93, 2^e partie du code pénal hongrois, punit le médecin ou chirurgien pratiquant qui, en cas de danger, refuse ou tarde, sans motifs suffisants, de donner les premiers secours médicaux. Le même article contient une peine

contre les médecins accoucheurs ou les sages-femmes qui, dans les cas pressants et sans motifs sérieux, refusent ou tardent de donner les soins de leur art qu'on leur demande, ainsi que le pharmacien qui refuse ou tarde, sans motif sérieux, de délivrer les médicaments prescrits par les médecins.

La peine est aggravée dans le cas où il s'agit d'un refus de médecin, chirurgien, ou sage-femme préposé par l'Etat, un municiple ou une commune (art. 94 c. pénal hongrois).

L'article 97 de la même loi punit le vétérinaire qui refuse de faire le service résultant de sa profession.

L'article 200 du code pénal prussien contenait la disposition suivante : « Les médecins qui sans raison suffisante refuseront les secours de leur art, dans un cas d'urgence ou s'il y a besoin pressant, seront punis d'une amende de 20 à 500 écus ».

D'ailleurs le code pénal autrichien prévoit expressément l'obligation d'assister un malade dans l'article 114 : « S'il est prouvé que ceux qui sont dans l'obligation d'assister un malade, soit par devoir de la nature, soit par suite d'une obligation contractuelle, l'ont laissé totalement manquer des secours nécessaires qu'ils pouvaient leur procurer, ils seront punis d'après les circonstances, d'un emprisonnement de un à six mois ».

64. Un restaurateur peut-il refuser de servir un repas pour des raisons personnelles ?

Le juge de paix du 8^e arr. de Paris (1) a admis qu'on peut

(1) D. P. 1894-2-139.

L'article 55 de la loi XVII hongroise, de 1884, est ainsi conçu : « Les boulangers, bouchers et ramoneurs ne peuvent interrompre à leur gré l'industrie qu'ils ont cessé d'exercer, mais lorsqu'ils se proposent de l'abandonner, ils sont tenus d'informer de leur intention l'autorité industrielle, et sur l'invitation de cette autorité, de continuer leur industrie un certain temps, savoir : les boulangers, quatre semaines, les ramoneurs et les bouchers, trois mois au plus ».

s'abstenir de fournir à quelqu'un des aliments dans un restaurant : « attendu que c'est à tort, dit le jugement, que la demande s'appuyant sur l'art. 1382 et suivants du code civil, qui voudrait assimiler le restaurateur au boutiquier qui a procédé par voie d'affiches au sujet d'une marchandise à l'étalage, ce qui constitue l'offre à tout venant, et rend la vente parfaite et la livraison obligatoire dès qu'il se présente acheteur ; que, tout au contraire, les consommations, dans un établissement du genre de celui qu'exploite le défendeur (un restaurant) sont livrées sur commande, au désir du client, et soumises à sa critique, ce qui paraît même avoir eu lieu, à tort ou à raison, dans une précédente circonstance ; que c'est à bon droit que S... appuie son refus de servir à souper à de M... sur les termes de l'article 7 de la loi des 2 et 17 Mars 1791 qui a décrété la liberté du commerce, etc..., déclare G... de M... non recevable, en tout cas mal fondé dans sa demande ».

Ce jugement a été confirmé par le tribunal civil de la Seine (7^e chambre).

Voici encore un jugement du tribunal civil de Nice (2), en ce qui concerne le refus d'un hôtelier : « attendu qu'il est de Doctrine et de Jurisprudence qu'un maître d'hôtel est libre de recevoir ou de refuser toute personne qui se présente pour descendre chez lui et qu'il est également libre de congédier quand il lui plaît, et sans qu'il ait à motiver sa décision, toute personne descendue à son hôtel », etc...

La jurisprudence a eu à se prononcer sur le point de

(2) D. P. 1834-2-132.

savoir si le propriétaire d'un café est libre de choisir sa clientèle, par ce fait que le café est un lieu public. Tout consommateur doit y être accepté, parce qu'il y a de la part du propriétaire une offre adressée à tout le monde.

Le tribunal de la Seine (7^e chambre) (1) a jugé ainsi : « attendu que si un café est un lieu public, c'est seulement en ce sens que tout venant peut y être admis mais que cette admission n'est pas obligatoire pour le propriétaire qui est chez lui ; que la liberté du commerce lui donne le droit de choisir sa clientèle comme il l'entend ; qu'il n'a point à répondre des raisons pour lesquelles il refuse l'accès de son établissement à tel ou tel consommateur ou l'invite à sortir ; que, dès lors, K... ne peut se plaindre de ce que les appelants l'aient fait inviter par des agents de police à quitter leur établissement sous menace de l'y contraindre par la force ». En vertu du même principe de la liberté du commerce la Cour de Cassation (2) a admis comme licite le refus par un boulanger de vendre du pain pour convenance personnelle. M. Demogue (3) estime qu'il y a dans cette décision une solution individualiste qui est en opposition avec les décisions qui demandent des motifs justifiés pour refus de contracter (4). Pour M. Demogue, celui qui a un café comme celui qui vend du pain fait une offre tacite et le premier venu peut se considérer comme acceptant. « Pour nous — écrit M. Demogue — celui qui est patron doit établir un motif de refus dans le cas où il ne veut pas vendre ».

(1) Gazette du Palais 1926-2-522. Dans le même sens. Cass. 11 Janv. 1899. Gazette du Palais 89-1-305. Trib. civ. Seine, 23 Mars 1892 Gaz. Pal. 92-1-470. Trib. civ. Cognac, 29 Mai 1895 Gaz. Pal. 95-2-522.

(2) Crim. 11 Janvier 1889 (S. 91-1-91). (D. P. — 1889-1-223).

(3) Revue trim. 1926, p. 1046. Voir encore Demogue, Obligations II, N° 623.

(4) Op. cit., loc. cit.

Ihering, dans son livre : « L'Evolution du Droit », écrit : « L'hôtelier peut-il renvoyer les voyageurs ; le boutiquier, le boulanger, le boucher, leurs clients ; le pharmacien, le médecin, abandonner le malade ; l'avocat, celui qui vient le consulter ? Non. Tout homme d'affaires véritable sait qu'il ne le peut pas sous peine de heurter l'opinion publique.

« Pourquoi le blâme atteint-il l'homme d'affaires qui refuse ses services ? C'est qu'en embrassant sa profession il a donné à la société une assurance à laquelle il doit satisfaire, c'est que dans le commerce de la vie, quiconque exerce une profession publique devient en quelque sorte une personne publique, il existe pour le public, il est obligé d'être à son service et l'opinion publique envisage l'exercice de la profession comme une obligation envers la société » (p. 98 et 99).

Par une ordonnance de référé du président du tribunal de Pau (1) on a admis qu'un spectateur qui offrait à payer le prix d'entrée dans un casino ne peut pas être refusé du moment que le concessionnaire du casino n'invoquait pas un motif légitime de refus. L'ordonnance présidentielle a admis que le spectateur pourrait employer la force publique au cas d'une nouvelle opposition mise à son entrée.

On admet généralement qu'on se trouve en présence de contrats d'adhésion et que sans motif légitime, comme pourrait être un scandale, on ne peut pas refuser l'entrée d'une personne.

Le tribunal de commerce de Marseille a admis qu'on ne peut pas refuser à une personne l'entrée dans les théâtres

(1) « Le Droit » du 30 Décembre 1905.

sans autre motif que celui que la conduite privée de cette personne laisse à désirer (1). Le tribunal de la Seine, par un arrêt du 10 Mars 1906 (2), a admis qu'on ne peut pas refuser l'entrée d'une personne même si elle vient au théâtre dans un but de concurrence (il s'agissait dans l'espèce d'un agent dramatique qui était venu au spectacle pour tâcher par la suite d'offrir des situations meilleures aux artistes).

Jusqu'à présent nous avons cité des cas où le refus n'a pas eu de conséquences graves. Voici maintenant des refus d'un caractère plus grave.

65. La Cour de Cassation (3) a eu à s'occuper du cas d'un aubergiste qui avait refusé de recevoir dans son auberge un homme gravement malade, malgré l'intervention des autorités constituées. Ce refus s'était produit dans des conditions telles que parler de l'idée de liberté du commerce c'était faire disparaître toute considération sur les devoirs les plus élémentaires d'une personne.

On a cherché à faire appel à un article du code pénal — en espèce l'article 475 C. P. — mais la Cour de Cassation a trouvé que cet article ne s'appliquait pas au refus de secours. Dans son arrêt la Cour dit : « le refus de la prévenue, quelque blâmable qu'il soit sous le rapport de l'humanité, ne tombait pas sous l'application du dit article. »

Dans cette formule extrêmement large de la jurisprudence qui parle d'acte contre l'humanité sont cachées les plus grandes injustices. Le droit n'a pas de place pour ces petites choses qui constituent l'humanité. S'occuper de l'uma-

(1) Revue trim. 1910, p. 620. Le tribunal a trouvé que le directeur du théâtre ne pouvait pas se faire juge de la vie privée d'une personne.

(2) « Le Droit » du 4 Mai 1906.

(3) D. P. 1853-1-414.

nilé c'est être en dehors du droit ! Voilà pourquoi on ne trouve pas de responsabilité. Nous n'avons pas de lois qui sanctionnent une pareille abstention, c'est pourquoi les faits les plus blâmables peuvent rester entièrement impunis.

On pourra nous objecter que le cas relevé par nous se présente bien rarement et qu'il n'est pas besoin d'inscrire dans le code un article pour obliger, par exemple, un aubergiste à recevoir quelqu'un qui aura besoin d'un lit, soit à cause d'une maladie, soit à cause du mauvais temps. Laissons parler la jurisprudence pour répondre à cette objection.

Voici un jugement du tribunal de Montbrison (1) confirmé par la Cour de Cassation, le 7 Janvier 1859 :

« Attendu que la loi civile et la loi pénale comprennent dans leur disposition non seulement les actions, mais encore les omissions, abstentions, réticences nuisibles à autrui ; attendu qu'il résulte des débats que la prévenue a refusé de donner, dans son hôtel, un lit à la femme Thiolière qui pouvait le payer, *et à qui il était indispensable dans l'état malade où elle se trouvait* » ;

« Attendu que sur la demande qui lui a été faite ultérieurement d'un verre de vin qui aurait pu réconforter et réchauffer cette malade, elle lui a fait donner un verre d'eau que celle-ci a bu ; attendu que la prévenue a résisté aux instances pressantes et réitérées de quelques messieurs honorables qui, touchés de l'état de souffrance de la femme T... et comprenant le danger de la laisser sur le banc extérieur de l'hôtel où elle avait été délaissée par la prévenue et où elle est restée depuis environ 7 heures du soir jusqu'à minuit ou une heure du matin, l'ont transportée dans le corridor de l'hôtel de l'inculpée et l'ont priée à plusieurs

(1) D. 1859-1-46.

reprises, par l'intermédiaire de sa servante, de faire placer cette femme dans un lit ; attendu que la prévenue, par son refus obstiné d'autant plus inexcusable que l'un des témoins de cette scène à qui l'on répondait qu'il n'y avait pas de lit dans l'hôtel offrait de céder le sien, a contraint la femme T..., malade, mais non en danger de mort à ce moment, à passer la nuit sur un banc dans un corridor de sa maison ; attendu que le concours des faits, des circonstances, des témoignages qui caractérisent cette affaire prouvent évidemment que la prévenue, en se conduisant comme elle l'a fait, a méconnu tous les sentiments d'humanité, a violé la règle de la plus vulgaire prévoyance et commis une faute grave, une inattention coupable, car elle a occasionné la mort de la femme T..., mort qui, *d'après les médecins entendus, n'aurait pas eu lieu si cette femme avait été placée dans un lit qui lui a été si impitoyablement refusé*. Condamne la femme G..., etc., etc. ».

Cet arrêt fut confirmé par la Cour d'appel de Lyon.

Le cour de Lyon a trouvé la source de l'obligation pour l'aubergiste « dans le fait que celle-ci a aidé la femme T... à descendre de voiture et l'a fait asseoir sur le banc extérieur de l'auberge : que la femme T... a donc été reçue dans la maison ».

Pour obliger l'aubergiste à donner son aide à un voyageur malade, la Cour de Cassation dit : « Attendu qu'en droit, et sans qu'il soit besoin d'examiner si un aubergiste est tenu de recevoir dans son auberge toute personne malade, qu'il est vrai cependant de dire que lorsqu'une personne malade y a été admise le maître du lieu est tenu, soit par lui-même, soit par ses domestiques, de lui donner tous les soins naturels et indispensables que comporte son état ; que c'est là un principe d'humanité qui dérive des obligations que

l'aubergiste contracte avec le voyageur, auquel il doit assistance et protection ; que de sa part un refus absolu de soins, lorsque ce refus est suivi de la mort de la personne qui avait le droit de les réclamer doit lui faire encourir, non seulement la responsabilité résultant de l'article 1382 C. Nap., mais encore toutes les conséquences résultant de l'article 319 C. P., etc... » La Cour de Cassation a confirmé le premier jugement.

Le fait sur lequel la Cour d'appel de Lyon et la Cour de Cassation ont basé leur argumentation c'est que l'aubergiste « elle-même et en personne a reçu la malade et accueillie, l'a aidée et fait aider à descendre de voiture ; et l'a fait asseoir sur un banc ». Tous ces faits constituent un commencement de réception de voyageur suffisant pour imposer des obligations à l'aubergiste.

La situation signalée dans l'arrêt ci-dessus n'est pas changée aujourd'hui, et, dans les mêmes circonstances, nous ne voyons pas d'autres motifs qu'on puisse invoquer pour arriver à condamner un refus pareil. Mais les motifs donnés par les tribunaux, confirmés par la Cour de Cassation, sont-ils vraiment juridiques ? Pour arriver à établir la responsabilité de l'aubergiste on a inventé l'existence d'un contrat formé entre l'aubergiste et la voyageuse au moment de la réception ; on a fait valoir le fait de l'avoir aidée à s'asseoir sur le banc. Mais la meilleure preuve que ce système n'était pas jugé suffisant, c'est que les juges parlent « d'un devoir d'humanité » et finissent par invoquer un article du code pénal. Cette idée d'un contrat ainsi formé ne pouvait pas subsister longtemps.

Supposons que la même voyageuse fût arrivée sans voiture ; que l'aubergiste plus prudente ne l'eût pas fait asseoir sur un banc : est-ce que sans ces éléments qui font naître

dans l'esprit des juges l'idée d'un contrat qui obligeait à tout le reste, est-ce que sans ces éléments le refus barbare et inhumain aurait été bien légal ? Nous comprenons bien que, pour arriver à rendre responsable l'aubergiste, on a dû imaginer ce contrat avec toute ses conséquences. Mais que faire dans les mêmes circonstances si les faibles éléments de l'idée de contrat avaient fait défaut ? Est-ce que la conduite de l'aubergiste aurait été moins inhumaine ?

Si aujourd'hui un aubergiste méconnaît « tous les sentiments d'humanité, violant les règles de la plus vulgaire prévoyance », on se trouve, au point de vue juridique, aussi désarmé contre lui qu'en 1850.

En 1563, il y avait une ordonnance de Charles X qui obligeait l'aubergiste à recevoir tous les voyageurs, en lui faisant connaître que tout refus doit être motivé.

Il y a près de quatre siècles on était mieux défendu qu'aujourd'hui contre les mauvaises volontés.

Pour conclure, nous disons que nous n'irons pas jusqu'à refuser à quelqu'un le droit de choisir ses collaborateurs ou ceux avec lesquels il doit traiter. Seulement nous croyons que l'abstention d'une personne ne doit pas devenir, dans les relations humaines, l'occasion de commettre des injustices.

Là où nous avons découvert un mobile méchant, nous avons approuvé les jugements rendant responsables les patrons qui s'abstiennent de contracter, en vue de nuire. Il peut y avoir encore d'autres motifs qui obligent une personne à contracter. C'est ainsi que nous avons pris en considération les nécessités vitales de l'homme pour condamner l'abstention de ceux qui refusent de contracter, ce refus aboutissant à des conséquences inhumaines. Une difficulté peut surgir : comment distinguer les besoins de l'homme pour établir les cas de refus inhumains ?

Cette difficulté est souvent résolue par la vie pratique.

Le droit se propose toujours de ne pas se préoccuper des questions qui cherchent à préciser le rapport de valeur entre l'individu et les biens. C'est l'économie politique qui est la science de la production et de la distribution de la richesse : la loi ne fait que garantir ces deux formes économiques dans les relations sociales.

Il y a quand même un certain nombre de besoins, dont la loi devrait tenir compte. On a vu ci-dessus que le refus de contracter peut avoir quelquefois des conséquences funestes.

C'est la vie pratique qui offre ces cas. On est obligé d'aller chercher la formule légale dans l'idée de contrat : on parle quelquefois d'une période précontractuelle ou d'une offre permanente.

Toutes ces formules sont la réaction contre l'individualisme exagéré qui met au-dessus de tout l'idée de l'autonomie de la volonté. Au fond, il s'agit toujours d'établir la responsabilité pour refus de contracter là où ce refus n'était pas motivé par d'autres considérations que celles de nuire.

Ce n'est pas sous le code Napoléon qu'on peut parler d'une « fonction sociale » qu'accomplit chaque individu, détenant une profession quelconque. C'est pourquoi on a été obligé de faire appel à diverses formules pour punir l'abstention méchante. Quand on fait valoir qu'il est difficile au législateur de définir le contenu de la sphère de chacun des droits existants, et que c'est au juge de tracer les limites permises pour chaque droit, nous croyons que le refus d'une des parties de contracter peut aussi être susceptible d'une limitation : en effet, cette considération qu'on est libre de ne pas contracter peut très bien se comprendre en présence d'un intérêt légitime qui peut motiver certains refus. Mais encore, avons-nous fait nos réserves, même en ces cas, car nous ne

voyons pas la légitimité d'une abstention, en présence d'un besoin humain. C'est pourquoi — à notre avis — il faut trouver fautive toute abstention d'une personne, qui ne prend pas en considération les intérêts vitaux d'une autre personne.

DEUXIÈME PARTIE

L'abstention considérée
en dehors de la sphère d'activité
d'une personne :
Le devoir moral d'agir

CHAPITRE PREMIER

UN DEVOIR JURIDIQUEMENT INCOMPLET

66. — L'omission dont on n'est pas juridiquement responsable. — 67.
Une règle morale restée en dehors du droit. — 68. La difficulté
pour une règle morale de pénétrer dans le droit positif.

66. Quand on enseigne la notion de responsabilité, on dit que l'homme est responsable de tout dommage causé par son fait. Dans cette expression était comprise l'omission, c'est-à-dire le fait de ne pas empêcher un mal que l'on pouvait prévenir. Mais on ajoute tout de suite : (1)

« ...en ce qui concerne les omissions, le principe a besoin d'être précisé. L'omission d'un simple devoir moral ne doit pas être considérée comme une cause de responsabilité ».

(1) Dalloz, « Responsabilité », N° 87

Et voici à son tour ce que dit Domat (1) : «... ceux qui pouvant empêcher un dommage que quelque devoir les engageait de prévenir, y auraient manqué, pourront en être tenus suivant les circonstances ». Ces mots de Domat sont interprétés par M. Sourdat qui estime que, par les mots « quelque devoir », on doit entendre une obligation imposée par la loi ou par un contrat (2).

C'est dans le même sens qu'ont été interprétés les mots de Toullier : « c'est une sorte de complicité que de ne pas empêcher une action nuisible, quand on en a le pouvoir. On doit donc en répondre civilement » (3).

On dit que le grand civiliste ne pouvait pas penser à une omission autre que celle à laquelle oblige une disposition de loi ou un contrat (4). Le fondement même de la conception de Toullier est faux, dit-on, parce qu'il s'appuie sur un texte qui n'avait pas à Rome la portée qu'on voulait lui attribuer (5). Il est bien possible, qu'à Rome, on n'était pas tenu d'une omission dans le sens que voulait lui attribuer Toullier. Les Romains avaient le grand principe « *neminem laedere* », qui s'entendait dans le sens de ne pas nuire à une personne. Il y avait chez eux cette conception de « *corpore et corpori* » qui demandait une forme concrète, palpable, d'une responsabilité pour action. Ce n'est donc pas à Rome qu'il faut chercher la responsabilité pour inaction, dans le sens que nous lui attribuons.

La conception qui se fonde sur la nécessité d'une intervention, pour satisfaire à un devoir social, a sa source dans

(1) Domat. « Lois civiles », liv. 2, tit. 8, sect. 4, No 8.

(2) Sourdat, I, No 662.

(3) Toullier, II, p. 117. Dans le même sens, Proudhon, « Usufr. », Nos 1524 et 1525.

(4) Dalloz, loc. cit.

(5) L. 44. Ad leg. aquil. « *quoties sciente domino* ».

l'idée de solidarité. Des auteurs anciens et modernes ont vu le côté immoral de l'abstention.

Le fait de ne pas intervenir dans un cas absolument nécessaire a été jugé par divers auteurs avec la même sévérité. Cicéron, dans « Le Traité des Devoirs » (1), dit qu'il y a deux sortes d'injustices : « celles que l'on fait et celles que l'on laisse faire, pouvant les empêcher ».

L'action nuisible est assimilée à l'encouragement par inaction. Dans le droit canonique, il y a un principe qui nous dit : « Que celui qui n'empêche pas, quand il le peut, une injustice, paraît la favoriser et participer à la faute (2).

D'ailleurs le dicton populaire : « Qui peut et n'empêche, pèche », nous est donné par Loysel (3). Platon (4) nous dit que si quelqu'un a commis un vol, il devra simplement rendre le double. « L'homme libre, qui, connaissant un vol, ne l'a pas dénoncé, est infâme, et l'esclave sera puni de mort ».

On peut voir qu'ici le fait même de voler est considéré comme moins grave que le silence encourageant. Dans l'inactivité, il y a plus de danger que dans l'activité même. Cette sorte de complicité est jugée comme beaucoup plus grave pour la société que le fait du malfaiteur lui-même. Il peut y avoir un seul qui vole, mais plusieurs qui le savent et ne le disent pas. On peut dire qu'une société ne subit pas un déshonneur aussi grave, quand un de ses membres commet un délit punissable, que lorsque plusieurs d'entre-eux ne le désapprouvent pas : Pour le délit même, il y a toujours l'espoir de la peine qui punira ; mais pour la com-

(1) Cicéron, *De off.* 1-7 & 9.

(2) *Corp. Jur. Canon, Sexti*, *Secreti lib. 5, tit. 2 de Sent. Excom*, cap 6.

(3) *Instit. coutum.* 6-1, N° 5.

(4) *Lois* : liv. 9.

plicité générale, pour le silence général qui signifie approbation, il n'existe pas de sanction assez dure, tellement extraordinaire apparaît cet encouragement par le silence.

67. On dit d'abord que l'abstention ne constitue pas, par elle-même, une faute, si elle ne s'applique qu'à un devoir moral. Est-ce que la morale n'ordonne jamais aucun devoir positif ? Nous n'entrons pas dans les discussions si vieilles sur les rapports existant entre la Morale et le Droit. Si nous citons quelques principes philosophiques, c'est pour démontrer que la notion de « règle morale » n'est pas quelque chose de si abstrait qu'on puisse toujours se dispenser d'elle. Comme le dit fort bien M. Ripert (1) : « Point n'est besoin de philosopher longuement pour affirmer l'existence de la loi morale, et on ne saurait avoir la prétention de donner, dans un ouvrage juridique, la démonstration du fondement de cette loi ».

Seulement nous ajoutons tout de suite que, toutes proportions gardées, nous nous permettons de voir, non « ce qu'il peut y avoir de philosophie dans le droit », mais ce qui manque d'une façon choquante comme règle morale dans le droit positif.

Le terrain est peut-être différent, parce que si le grand juriste qu'est M. Ripert a recherché et retrouvé « la valeur de la loi morale dans les règles les plus techniques du droit », nous nous permettons de rechercher ce qui manque au droit, comme règle morale. Le devoir moral est laissé à l'appréciation de la conscience de chaque individu. Nous trouvons qu'il y a des devoirs sur lesquels le con-

(1) Règle morale dans les obligations civiles, N° 1.

trôle de la société doit s'exercer par son instrument d'exécution, qui est le Droit.

Nous croyons qu'il y a quelques devoirs moraux qu'on doit introduire dans le droit positif. Parce que entre la règle morale et la règle juridique, « il n'y a en réalité aucune différence de domaine, de nature et de but » (1). « La règle morale devient règle juridique, grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » (2)

Pourquoi avoir l'impression que toute règle morale doit toujours rester une simple question de conscience et ne pas admettre qu'il y a des règles en apparences morales, mais qui, au fond, sont tout près du domaine juridique ?...

Quand le grand philosophe Kant a dit dans sa « Critique de la Raison pratique » (3) que : « de tout ce qu'il est possible de concevoir dans le monde, et même en général en dehors du monde, il n'y a qu'une chose qui compte et qu'on puisse tenir pour bonne, sans restriction, c'est une bonne volonté... bonne en soi et indépendamment de tout but ultérieur », il a pensé au devoir en général.

Toute action, pour avoir une valeur morale, doit être conforme au devoir. Pour le philosophe, comme pour le juriste, le devoir est la nécessité de faire une action par respect pour la loi. La différence est que le philosophe recommande à l'homme de se représenter la loi et de placer dans cette représentation le principe déterminant de la volonté ; le juriste ne recommande pas, il ordonne ; parce que la loi pour lui est quelque chose de positif.

(1) Ripert, op. cit., n° 1.

(2) Geny, Science technique, T. II, p. 361 (conforme Ripert).

(3) Trad. Barui, p. 13.

Le savant qui parle de la morale place l'idéal dans l'exécution du devoir, et nous dit : « Voilà ce qui seul peut constituer ce bien si éminent que nous appelons le bien moral » (1). Le juriste, lui, n'envisage pas l'idéal, et analyse les lois humaines, sans plus se faire d'illusion sur le problème du bonheur. Mais l'un et l'autre sont obligés de parler de justice. C'est ce qui fait qu'une règle de droit a besoin de faire appel à la morale au moment de son élaboration.

Combien de fois le juriste n'affecte-t-il pas une sorte d'indifférence à l'égard de la morale voulant donner l'impression que celle-ci ne le regarde pas ? « Vainement — écrit M. Ripert — les juristes inquiets des querelles philosophiques prétendraient rester neutres. S'ils étaient vraiment neutres, ils ne seraient que les admirateurs de l'ordre juridique établi, qu'ils considéreraient comme l'expression même de la justice » (2).

Même le philosophe qui ne voit dans « la disposition naturelle de l'homme que l'égoïsme qui commande, presque exclusivement, à toute l'activité humaine » (3), devrait encore admettre qu'en aidant mon semblable dans un moment où je peux le faire, je satisfais à une règle de nécessité qui est l'instinct de la race humaine. Quand nous disons qu'il y a un intérêt même égoïste qui pousse vers l'action, nous évoquons cette pensée que toute personne disposée à faire quelque chose en faveur d'une autre songe qu'elle aura un droit semblable vis-à-vis des autres personnes, quand elle sera en peine.

Quand le philosophe dit : « Agis de telle sorte, que tu

(1) Kant, « Critique de la Raison Pratique », trad. Barui, p. 25.

(2) Op. cit., n° 18

(3) Schopenhauer, « Le fondement de la morale », Trad. Burdeau, Paris, Alcan, 1888, p. 146.

traites l'humanité toujours, soit dans ta personne, soit dans la personne d'autrui, comme une fin, et que tu ne t'en serves jamais comme un moyen » (1), il suppose l'homme désintéressé, faisant le bien pour le plaisir que peut lui donner l'action, en conformité avec le devoir moral. Mais on peut encore penser que l'homme se sentira beaucoup plus obligé de faire le bien, s'il sait qu'un autre aura le même devoir envers lui. Le but à atteindre existe pour l'individu dans l'action même : c'est-à-dire qu'il peut espérer être aidé par un autre dans les mêmes circonstances.

68. Même là où la règle morale est ressentie en présence d'un principe juridique brutal et inhumain, on cherche à l'écarter pour des raisons qu'on dit tirées des nécessités sociales. Prenons l'exemple de la lésion, en droit civil français. On sait que le code français n'admet la résolution d'un contrat pour cause de lésion que dans des circonstances extrêmement rares. Sauf le cas du mineur et du partageant qui peuvent se plaindre de la lésion, on trouve un seul cas, où une personne peut invoquer la lésion : c'est le vendeur d'un immeuble qui a subi une perte de plus de la moitié du prix de l'immeuble vendu. Peut-on dire que c'est le seul cas dans lequel la lésion se présente comme injuste ? Beaucoup d'auteurs ont écrit sur l'inégalité sociale qui altère le contrat et ont demandé qu'un contrat soit débattu avec des libertés égales, c'est-à-dire en toute équité (2). « L'inégalité économique », comme Proudhon appelait les contrats léonins,

(1) Kant, *op. cit.*, p. 71.

(2) Lévy, *L'exercice du droit collectif* (Revue de droit civil, 1903 ; Saleilles, *La déclaration de volonté* (Paris, Pichon, 1901) ; Maynial, *Revue de droit civil* 1902, p. 143 ; Duthot, *Liberté de contrat et Tradition chrétienne* ; Savatier (Henri), *La théorie moderne du capital et de la justice, etc...*

est un fait constaté chaque jour. M. Ripert (1) écrit : « ...cette injustice du contrat, il y a longtemps qu'elle est dénoncée avec une fureur légitime contre l'exploitation et l'usure; ...il y a des siècles que dure cette sorte de divergence entre la règle légale et la règle morale, les législateurs redoutant de sanctionner une règle imposée par une morale trop stricte, ou essayant vainement de donner une loi qui puisse répondre à la souple fermeté de la règle morale ».

D'après le nouveau code allemand, le juge peut interpréter le contrat d'une façon extrêmement large. Il prendra en considération non seulement l'intention des parties, telle qu'elle résulte de leurs « déclarations de volonté » ; mais il se placera au point de vue social pour voir si le contrat ne contient rien d'injuste, ni d'immoral. Si une des parties a abusé de l'infériorité de l'autre pour lui imposer des conditions léonines, ou si elle a profité de la légèreté de son inexpérience, le juge pourra tenir l'engagement pour nul (2).

Dans le code civil français, le côté social du contrat intéresse seulement dans la mesure où il peut contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais cette morale ne va pas jusqu'à admettre la nullité, pour un contrat, où on trouve la lésion la plus révoltante.

Nous avons donné l'exemple de la lésion pour montrer combien un principe moral peut être différent d'un pays à l'autre dans son application juridique.

Il faut que nous disions tout de suite qu'on a bien senti le côté immoral de la législation, en matière de lésion en droit civil français et qu'on a songé à des modifications. Mais à côté des considérations d'utilité sociale comme le

(1) Règle morale, n° 61 et suiv.

(2) Conforme aux articles 133 et 138 du Code Civil allemand.

besoin de stabilité dans les contrats et de sûreté dans les transactions, on voit toujours des difficultés d'ordre technique, comme par exemple la crainte de l'arbitraire du juge. Faut-il admettre alors qu'un principe, fut-il le plus juste du monde, ne peut pas pénétrer dans le droit positif à cause des difficultés d'application ?

Nous avons ouvert la parenthèse ci-dessus, pour démontrer qu'une règle morale unanimement reconnue utile et qui existe déjà dans d'autres législations positives, n'a pas encore pénétré dans le droit positif français. L'évolution est bien longue. On a songé souvent à des modifications de l'article 1118 et du principe de la lésion. Mais on s'est toujours heurté au principe que le commerce juridique exige la stabilité des situations acquises.

Très souvent les tribunaux ne peuvent rien faire, même quand ils le voudraient, parce que la Cour de Cassation intervient « pour rappeler aux tribunaux qu'il ne leur est pas permis d'être, entre les parties, des ministres d'équité ».

M. Ripert (1) résume la grande lutte qu'on a soutenue et qu'on soutient encore contre l'injustice de la lésion. D'une part, les jurisconsultes catholiques qui n'ont jamais cessé de protester contre la liberté du contrat qui viole la morale, et d'autre part, le grand mouvement interventionniste de la seconde moitié du XIX^e siècle, a demandé l'intervention du législateur pour mettre une fin à l'abus du contrat, qui permet « l'exploitation de l'homme par l'homme » (2) .

M. Lévy-Ullmann (3), en s'occupant de la lésion dans la jurisprudence anglaise, dit que « c'est au nom de la con-

(1) Ripert, *op. cit.*, N° 65. Voir Cass. civ., 9 mai 1898 (D-99-1-44) et 20 mai 1906 (D. 1907-1-80).

(2) *Op. cit.*, N° 66.

(3) Bulletin de la société d'Etudes législatives, 1923, p. 83.

science, et par une analyse très scrupuleuse de la moralité respective des contractants que le juge d'équité a été conduit à se demander « si l'acte est *unconscientious*, c'est-à-dire, répugne à la conscience ; et si l'acte doit être redressé conformément à l'esprit de justice ».

Commentant ces lignes, M. Ripert constate avec joie : « ...contrat contraire à la conscience ?... Comment pourrait-on mieux marquer la valeur de la règle morale » (1) ?

On voit, et ce n'est pas le seul cas qui nous le montre, combien il est difficile à une règle morale de pénétrer dans la loi positive : et cela, parce que très souvent une pareille règle, introduite dans le droit, demanderait la subordination de l'intérêt individuel à l'intérêt collectif. Une pareille opération fait l'impression d'un sacrifice. On sent le sacrifice, sans chercher à dégager son utilité. On dit bien souvent, qu'une règle morale s'impose par son utilité, dans le Droit positif. Elle s'impose quand elle arrive à maturité ! Quand peut-on dire d'une règle morale qu'elle doit être sanctionnée par le législateur ?

Poussée par la conscience collective qui la demande impérieusement, une règle morale arrive, enthousiaste, à la porte du juriste ; elle demande qu'on la place parmi les règles qu'on respecte d'autant mieux qu'on y est obligé par la loi. Le juriste la décompose, l'analyse, lui fait une opération qui ressemble plutôt à une autopsie. Que faire avec la relation de cause à effet ? Mais les pouvoirs du juge ? Et les nécessités pratiques ?... On la décompose de telle façon qu'il n'en reste plus rien. La règle morale retourne dans son domaine pour attendre d'être devenue plus mûre encore. Elle recevra alors peut-être un autre accueil.

(1) Op. cit., N° 67.

CHAPITRE II

L'OMISSION ENVISAGEE AU POINT DE VUE PENAL

69. Des exemples d'abstention fautive. — 70. Le délit de commission par omission discuté au point de vue causal en Allemagne. — 71. La causalité, d'après MM. Tesseire et Piédelièvre. — 72. Les opinions dans la Doctrine pénale française. — 73. A quel moment le délit d'omission a été mis en évidence en France ? L'affaire Monnier et la loi du 19 Avril 1898. — 74. La loi ne punit pas la pensée... — 75. Les théories : objective et subjective sur l'abstention. — 76. L'interprétation de l'omission, dans la conception française et allemande.

69. M. Paul Appleton signale les cas les plus scandaleux qui ont provoqué tant de polémiques dans la presse (1). Il rappelle les circonstances dans lesquelles fût assassiné le baron de C. Sa femme, la baronne de C. et son fils R. de C. furent condamnés : la première, à la peine de mort, et son fils à 20 ans de travaux forcés. On avait essayé d'empoisonner le baron, mais le poison n'avait pas produit d'effet. Après plusieurs tentatives qui n'avaient pas réussi (et desquelles le baron de C. ne s'était pas aperçu), le jeune R. de C. tua d'un coup de fusil son père, qui rentrait chez lui.

Une des domestiques était au courant de toutes les prépa-

(1) Revue Trimestrielle 1912, p. 593.

rations faites en vue de tuer son maître. Elle y avait assisté impassible ; « elle était avec ceux qui, la nuit, allaient écouter à la porte de leur victime, si des râles annonçaient que le poison faisait son œuvre. » (1).

Malgré la grande indignation du public, la domestique n'apparut pas sur le banc de l'accusation.

Cette fille aurait pu empêcher ce crime abominable par un mot. Sans courir un danger, elle aurait pu prévenir quelqu'un, parce qu'elle connaissait toutes les tentatives du crime. « Le public s'indignait — écrit M. Appleton — mais notre législation ne permettait pas de l'inquiéter ; l'intérêt qu'elle avait porté aux manœuvres des criminels ne la rendait coupable que moralement. Pas un jour de prison, pas un franc d'amende pour elle ; ...et l'on pense à l'odieux d'une telle impunité ! » (2).

Mais, récemment, un autre cas a fait beaucoup de bruit (3). Un marchand attire chez lui un joaillier qui avait sur lui plusieurs bijoux. Le marchand commence à exercer une véritable terreur sur la victime qu'il a attirée chez lui. Celle-ci le supplie : « On ne tue pas un homme pour cent mille francs. Laissez-moi la vie. » *Pendant que cette scène se passe, une jeune fille y assiste impassible dans la même chambre. Dans une autre chambre, trois travailleurs entendaient le dialogue, les appels désespérés de la victime : « J'ai une sœur comme vous, mademoiselle ; priez votre beau-frère de me laisser la vie. » Ni cette jeune fille, ni les travailleurs qui étaient dans la chambre voisine et entendaient tout ce qui se passait, n'ont fait le moindre geste pour sauver l'homme qui implorait as-*

(3) Voir les journaux de 1927 sur l'affaire Mestorino.

(2) Appleton, op. cit., p. cit.

(2) Voir les journaux de 1927 sur l'affaire Mestorino.

sistance. Il suffisait d'un mot. Il suffisait d'ouvrir une fenêtre et de crier « au secours ! » pour que la vie d'un homme innocent fut sauvée. Un simple mot ! et il s'est trouvé des personnes qui ont refusé un geste pour sauver une vie humaine. Et devant le jury, aucune des personnes qui assistaient au crime n'ont comparu. Pourquoi ? Parce que nous n'avons pas un article dans la législation française qui condamne l'abstention la plus lâche, la plus abominable. Il faut un fait actif pour punir, sinon il s'agit d'une simple abstention qui n'est jugée coupable par aucun texte. Pourquoi ? Parce que dans l'esprit du législateur « abstention » équivaut à « ne rien faire ». Peut-on être coupable, si on ne fait rien ? C'est l'exemple donné plus haut : on a toléré les crimes les plus abominables résultant de l'abstention, on est cependant considéré comme coupable, mais vis-à-vis de la morale.

Intervenir dans les conditions ci-dessus, c'est se conformer à une règle de morale. Ne pas le faire, c'est commettre un acte contraire à cette morale. « Les règles de morale sont d'abord sanctionnées par la morale elle-même ; leur première conséquence est d'attribuer un caractère d'immoralité à l'acte commis en violation de l'une d'elles (1). » La sanction d'une immoralité est une question de conscience. Le droit ne s'en mêle pas.

Nous croyons que la démarcation entre une obligation civile et une obligation morale n'est pas assez nette.

Il y a des obligations morales qui demandent une sanction. Elles sont bien près des règles juridiques. On a l'impression qu'un grand arbitraire a présidé à la distinction.

(1) Planiol, *Revue jurispr.* 1905, p. 246.

Un frère qui a laissé sa sœur pendant de longues années enfermée dans une chambre sans air et sans lumière, qui n'a rien fait pour donner l'alarme sur la misérable situation de sa sœur, n'a encouru aucune peine, parce qu'il s'est contenté d'avoir un rôle passif (1) ; un aubergiste, chez lequel se présente un voyageur malade, peut refuser de recevoir ce malade et le laisser ainsi mourir de faim ; un médecin peut refuser son assistance à un malade, et un pharmacien les médicaments, parce que tous peuvent invoquer le principe de la liberté qui permet à n'importe qui de ne rien faire. Les plus grandes barbaries sont tolérées par la législations. Il n'y a qu'à invoquer : soit la loi de 1791, qui permet la liberté du commerce et de l'industrie, soit le grand principe de la liberté individuelle qui sauvegarde la paresse néfaste et le droit de ne rien faire pour n'encourir aucune peine.

M. Firmez Eudore écrit : « Je veux bien admettre que je n'aie pas envers autrui d'obligation de faire absolue, radicale, si surtout je reste inerte. »

« Je puis avec l'impassibilité d'une statue regarder brûler « une maison ou périr un vaisseau, même quand il est en « mon pouvoir de les sauver. » (2).

Ainsi un individu, qui voyant un feu accidentellement allumé, près d'atteindre une maison, peut passer sans l'éteindre ou donner l'alarme, et il ne manque à aucun droit civil, parce que — dit M. Sourdat — il n'était tenu par aucune obligation légale à la conservation de la maison (3).

On le voit : le moindre effort n'est demandé à personne. Pourquoi cet encouragement à la lâcheté et à la malveillance ?

(1) S. 1902-2-305 note de M. Hémaré ; D. P. 1902-2-81, note de M. Poitevin.

(2) De la responsabilité, p. 67 et s.

(3) Dalloz : « Responsabilité », n° 87 ; Sourdat I, n° 442.

70. La question qui nous occupe a été envisagée, surtout au point de vue pénal. Des recherches ont été faites au point de vue psychologique. M. Gand (1) parle du « délit de commission par omission ». Le terme est un peu barbare.

Ce sont surtout les auteurs allemands qui ont fait des analyses psychologiques pour aboutir à la conclusion suivante : c'est qu'une abstention peut être fautive par elle-même. C'est ainsi que plusieurs auteurs sont arrivés à une classification du délit de « commission par omission ». Binding, par exemple, divise les individus coupables d'abstentions en deux groupes (2) : dans le premier, il place ceux qui sont obligés de veiller à ce que certains accidents ne se produisent pas, comme c'est le cas par exemple du garde-barrière, de l'aiguilleur, de la garde-malade. Ici c'est son obligation même qui devient de nature professionnelle et le contraint de ne pas laisser les événements se produire. Dans le deuxième groupe, Binding place ceux qui, pouvant empêcher le dommage, ne font rien pour cela, parce qu'ils ont un intérêt quelconque à ce qu'il se produise. L'exemple que nous trouvons dans la thèse de M. Gand (page 25) et qui se rattache à la classification de Binding est le suivant : Il s'agit dans un premier cas d'un cocher, qui allant à une allure permise et sans intention mauvaise, aperçoit soudain son ennemi, couché sur la route, et dans une position telle que ses chevaux l'écraseront, s'il ne les retient pas. Dans un second cas, il s'agit d'un détenteur d'un poison, jusque-là bien gardé, qui voyant ce poison entre les mains d'un enfant dont, pour une raison quelconque (parce qu'il doit en hériter, par exemple) il souhaite la mort, ne fait rien pour le lui enlever des mains.

(1) Gand, « Le délit de commission par omission ». Thèse, 1900.

(2) Normen, page 48 et 49.

« Dans de telles circonstances — dit Binding — on est coupable, parce que du moment qu'on pouvait arrêter la cause du malheur et qu'on ne l'a pas fait, *cette abstention est fautive.* »

Mais ce système a un grand défaut : celui de nécessiter une instruction trop compliquée. Il faut préciser quel a été le moment, où on a laissé les choses suivre leur cours, parce qu'on avait une intention criminelle.

D'autres auteurs ont vu dans l'omission la cause même de l'événement qui s'est produit. C'est ainsi que Luden cherche la cause dans ce fait même que l'homme n'a rien fait. Voici en effet ce qu'il dit (1) : « ...on ne peut concevoir l'homme comme ne faisant rien. Aussi lorsque pouvant dompter les forces naturelles, il les laisse suivre leur cours, sommes-nous d'abord en présence d'une omission ? Mais à côté de cette omission, il y a également une action positive, car pendant qu'il omettait l'acte sauveur, l'homme devait nécessairement faire autre chose, cela n'eût-il consisté qu'à regarder ou à s'éloigner. Cet acte positif sera causal par rapport au résultat. »

L'argumentation de Luden est bien faible. C'est Kong (2) qui donne un exemple suggestif pour montrer combien le système de Luden est faux :

Il envisage le cas d'une mère qui laisse volontairement son enfant mourir de faim et qui : « pendant que celui-ci se débat contre la mort, tricote des bas ; il faudrait par analogie admettre que c'est ce dernier fait qui a tué l'enfant. »

Mais d'autres auteurs ont vu l'erreur du système qui veut donner à l'omission une signification causale. On ne peut

(1) « Abhandlungen », page 474. Cf. Gand, page 19.

(2) Abhandlungen, Leipzig, 1855, p. 30, 31.

parler d'omission causale que dans le cas où cette omission est le résultat d'une inaction par rapport à une obligation précédente. C'est encore Kong (1) qui nous donne un autre exemple suggestif. Un individu s'engage à veiller tout le temps qu'un autre individu, médiocre nageur, se trouvera dans l'eau. Celui-ci éprouve un moment de fatigue. La personne qui s'est engagée à secourir celle qui nageait, n'intervient pas pour l'aider et cette omission entraîne la mort du nageur. Ici, il y a abstention fautive par rapport à la convention établie entre les deux personnes.

D'autres auteurs : Morkel, Glaser, Adosser, etc... ont fait d'autres classifications qui ne résistent pas davantage à une analyse sérieuse. Tous voient dans l'inaction une action positive, mais pour en arriver là, ils prennent des cas types qui excluent la possibilité d'une théorie générale sur l'omission.

Buri (2) parle de « celui qui ne remplit pas le devoir légal qui lui incombe, d'empêcher un résultat menaçant » et conclut qu'il doit être considéré comme ayant produit le résultat malheureux.

Landsberg (3) arrive à une conception qui parle encore de cause, mais qui au fond constitue un tout autre point de vue que le précédent. Il dit que « l'omission en soi est cause du résultat, simplement, parce que celui-ci ne se serait pas produit sans elle ».

L'homme a collaboré au résultat en ce sens qu'il pouvait vraiment agir et ne le fait pas. Il peut y avoir aussi une causalité humaine à côté des causes mécaniques (4).

(1) Op. cité, T. 4, p. 211.

(2) Gerichtsaal, 1878, Beilageheft, p. 111.

(3) Die sog. Commissiv-delikte durch unterlassung im deutschen Strafrecht. Fribourg, 1890.

(4) Der Begriff des Wollens Tubingue, 1870, p. 33.

L'omission sera donc juridiquement causale, quand l'omettant avait la possibilité ou le devoir d'intervenir pour que quelque chose ne puisse pas arriver, parce que ce qui détermine l'action d'un homme, c'est le but. Ce but peut être atteint aussi par inaction, parce qu'on laisse agir les forces naturelles. Ne pas s'opposer à ces forces naturelles, ou à quelqu'autre événement extérieur, c'est agir par inaction. C'est cette inaction qui est la cause par rapport au dommage arrivé.

Les auteurs allemands qui ont traité le problème du « délit de commission par omission » ont vu la question surtout au point de vue pénal.

Leur méthode consiste à chercher à trouver le coupable pour inaction.

C'est pour cela que les juristes font une application si large de l'idée de cause. Leur méthode consiste à chercher à trouver le coupable pour inaction. C'est pour cela que leur système défend d'une façon exagérée le rapport causal de l'omission.

Regardant le point de vue, surtout de la peine, les auteurs allemands confondent bien vite celui qui est l'auteur d'un meurtre avec un autre qui n'a rien fait pour l'éviter, alors qu'il le pouvait. Au point de vue moral, leur manière de voir peut être juste ; mais pour de toutes autres considérations que celles rangées parmi les idées de cause. La morale étant une question de conscience, les spéculations peuvent suivre leur cours.

L'examen psychologique reste là le meilleur moyen de trouver que quelqu'un est en faute. On n'a qu'à comparer son action ou son inaction, par rapport à la même attitude d'un homme honnête, pour trouver qu'il a péché envers la

morale. En Droit, la question est beaucoup plus difficile. Pour arriver à une peine, il faut extérioriser les sentiments, les concrétiser. Ce qui est bien abstrait en morale doit être le plus concret dans le droit.

Le côté positif reste toujours pour le Droit une solution absolue. Ainsi, se perdre dans des considérations de pure psychologie, c'est faire une œuvre appréciable au point de vue théorique, qui a également une valeur pratique, parce que pour dire voilà le moment où telle personne n'est pas intervenue ; elle a pensé telle ou telle chose ; c'est faire des recherches extrêmement difficiles en pratique. Malgré cette difficulté les recherches psychologiques ont leur importance.

Mais dire que quelqu'un n'est pas intervenu dans un moment de danger et que cette non-intervention fut la cause du malheur, c'est renverser les notions que nous avons sur l'idée de responsabilité.

La non-intervention constitue pour son auteur une faute, mais, pour d'autres raisons que celles auxquelles ont pensé les auteurs allemands. C'est ce que nous montrerons dans un de nos paragraphes suivants ; mais rappelons encore une opinion — celle de M. Tesseire — s'appliquant à l'idée de cause dans l'abstention à un devoir moral (1).

71. M. Tesseire nous donne la formule juridique au nom de laquelle une abstention ne peut pas être considérée juridiquement comme fautive : c'est que cette abstention n'est pas la cause du dommage. L'auteur qui s'est abstenu n'a rien fait pour que l'événement auquel il a assisté se produise. « Il faut s'entendre sur le mot « cause » — nous dit M. Tes-

(1) Tesseire, *op. cit.*, p. 191.

seire (1) — un dommage étant causé par la rencontre de deux activités, ou si l'on veut, de deux groupes d'activités, la cause du dommage, c'est l'initiative de la rencontre prise par une ou plusieurs d'entre elles. »

« Cette initiative, cette cause suppose nécessairement une intervention dans le dommage : celui qui s'est borné à ne pas intervenir ne peut être responsable. »

La question de M. Tesseire est bien simple. Étant étrangère à un dommage, une personne ne peut pas être considérée comme responsable. Elle n'est pas la cause du dommage. Or, pour parler de réparation à quelqu'un, il faut que ce quelqu'un soit l'auteur de l'événement. Sans cette relation de cause à effet, pas de responsabilité.

C'est l'opinion de la grande majorité, de la presque unanimité des auteurs.

Sûr de sa construction juridique, M. Tesseire cherche à tirer des conclusions : « Si le passant était intervenu, le meurtre n'aurait pas eu lieu ; mais si tel arbre était tombé sur la tête de l'assassin ou si telle maison s'était écroulée, le meurtre aurait été également empêché. Songe-t-on à rendre responsable le propriétaire de l'arbre ou de la maison ? Le milieu n'est pas une cause, au sens où nous l'entendons ici. Il ne doit pas être responsable » (2).

Et plus loin : « Or le passant, qui n'a pas porté secours à son semblable, n'apparaît logiquement que comme une portion infime du milieu où s'est passé l'acte. On ne peut donc lui infliger une responsabilité distincte.

Vers la fin, M. Tesseire fait des concessions avec des réserves ; il estime que : « si la culpabilité du passant est une

(1) Tesseire, *op. cit.*, loc. cit

(2) *Op. cit.*, p. 192.

culpabilité morale, on ne peut en faire découler une responsabilité civile. »

Le grand reproche qu'on peut faire au système de raisonnement de M. Tesseire — système qui est celui de la plupart des juristes — c'est de poser des principes trop rigides. La rigidité du système découle des comparaisons même qui sont faites en parlant de milieu ; M. Tesseire cherche à nous prouver qu'une personne n'est pas plus coupable d'une non-intervention que ne l'est un arbre ou une maison. Voulant être logique, M. Tesseire devient trop crédule : c'est presque une idée de justice immanente qui se dégage de ce système un peu trop fataliste. En tout cas, c'est accorder bien peu de sensibilité aux hommes que de les comparer aux arbres et aux maisons.

En ce qui concerne la relation de cause à effet, on trouve le même raisonnement dans la conception juridique de M. Piédelièvre. Le distingué professeur se demande : « La moindre faute, fût-ce une simple faute morale va-t-elle entraîner la responsabilité de l'individu ? La vie deviendrait impossible dans ces conditions (1) ». M. Piédelièvre choisit l'exemple bien connu : « je me promène près d'une rivière ; un individu tombe à l'eau et va périr. Il me suffirait de lui tendre la main, ou ne perche qui est à mes pieds, pour le sauver. Je ne le fais pas. L'individu meurt noyé. » (2).

C'est ici que M. Piédelièvre se demande : ira-t-on jusqu'à dire que cette faute va engager la responsabilité de celui qui l'a commise ? Et il répond : certainement non, parce que cette faute morale manque d'une condition exigée pour que l'art. 1382 puisse s'appliquer. « Il faut en effet que cette faute soit la cause déterminante et directe du dom-

(1) Cours de doctorat, cité, p. 257.

(2) Piédelièvre, cours cit., loc. cit.

mage. Or, ce n'est pas le cas. Ici, l'individu est mort, non par ma faute, mais par suite de l'accident dont il a été la victime. Ma faute n'est pas la cause déterminante et directe du malheur qui est arrivé, et par suite je ne puis subir l'application de l'art. 1382 » (1).

Cette relation de cause à effet est toujours nécessaire. Elle doit donc jouer automatiquement. Vous êtes la cause d'une initiative qui a produit un dommage ? La relation existe ; vous êtes responsable. On ne peut pas outre-passer cette formule. Elle est formelle, et on ne peut pas la contredire.

Mais il y a d'autres considérations beaucoup plus humaines que tous ces systèmes de logique étroite ignorent. Il y a une vie qui est la vie des hommes et qui ne peut pas s'exercer dans la limite de considérations qui ne tiennent compte que des relations entre la cause et l'effet. Est-ce que cette vie n'intéresse pas dans ses manifestations les plus diverses le législateur ?

Un passant qui assiste impassible à un crime ou à tout autre événement qui met en péril la vie de son semblable est en faute, *si le pouvant aider il ne le fait pas*. Il y a vraiment dans cette abstention quelque chose de scandaleux. Pourquoi chercher cette relation de cause à effet, quand il peut y avoir d'autres raisons, aussi fortes que la formule de principe, et qui plaident toutes en faveur de l'introduction d'une règle de droit qui est si nécessaire.

Nous montrons ailleurs comment nous concevons les deux principes en lutte : celui de la liberté individuelle et l'autre, qui se rapporte à la solidarité sociale. Nous insistons ici sur ce fait qu'on pourrait faire quelque chose et qu'on ne l'a pas fait. Toute la culpabilité réside en cette considération, qu'un

(1) Cours cité p. 258.

homme normal ne peut pas, par son inaction, laisser s'accomplir des faits regrettables ou criminels. Observez la vie humaine, et vous verrez qu'à chaque instant apparaît la meilleure preuve que toute l'activité de l'homme tend justement vers cette fin : ne pas laisser les choses évoluer dans le sens que le destin semblait avoir choisi.

72. Voici la façon dont a été envisagée « l'abstention fautive » par les pénalistes français.

M. Garçon (1) dit d'abord que la doctrine française ne paraît avoir étudié cette grave difficulté que d'une manière très superficielle.

C'est en Allemagne, au début du XIX^e siècle, qu'on a reconnu que le délit d'omission est punissable dans le cas où celui qui n'a pas agi avait le devoir de le faire.

M. Garçon reconnaît qu'il peut y avoir dans certains cas, devoir d'agir, et il serait juste et légitime de punir l'omission. Seulement cet auteur n'entrevoit pas une pareille solution *par voie d'interprétation*.

Obligé d'assimiler l'omission à la commission, le juge pourra fixer d'une façon arbitraire les limites de cette assimilation. *C'est donc au législateur de dire, quand l'omission est punissable* (2).

Envisageant les difficultés qui peuvent être soulevées par

(1) Code Pénal annoté Livre 3, art. 295 et op. 670. Voir encore : Garraud : Traité de droit Pénal. T. I, n° 99, 3^e édition.

(2) L'article 6 du code pénal du Royaume de Siam (ce code est entré en vigueur en 1908), précise « qu'on entend par « fait » ou « acte » non seulement l'action proprement dite, mais encore l'omission de faire ce qui est prescrit par la loi, et l'effet de cette omission ».

Le § 4 du code pénal norvégien précise : « Dans l'esprit de la présente loi, le mot *acte* comprend également les omissions, à moins que le contraire ne soit expressément spécifié ou résulte du texte pris dans son ensemble ».

Le § 40 de la même loi : « Un délit consistant dans une omission est puni, même s'il provient d'une négligence, à moins que le contraire ne soit expressément spécifié, ou qu'il soit incontestablement admis ».

ce problème, M. Garçon prend d'abord le cas de celui qui n'intervient pas dans un moment de grand danger, parce que sa vie serait en péril. Nous reconnaissons que, dans un pareil cas, la loi ne peut imposer ni l'héroïsme, ni même la charité.

Dans la seconde catégorie, l'auteur place les abstentions qui ne supposent plus un moment de danger extrêmement grave. L'intervention ne demanderait aucun sacrifice. C'est le cas de la personne qui refuse de dresser une échelle contre un mur pour éviter aux voisins un incendie : c'est encore le cas de la personne qui abandonne son voisin malade, sans aller chercher le secours absolument indispensable ; ou encore l'exemple qu'on retrouve dans un paragraphe précédent : celui de la servante qui pouvait, par un mot, sauver son maître, ou les ouvriers qui assistaient à un meurtre sans intervenir. Dans tous ces cas, dit M. Garçon, les criminalistes s'accordent pour décider « que la loi pénale ne peut pas intervenir, parce que nul n'est tenu d'un devoir général d'assistance vis-à-vis de ceux qui courent un danger. Cette indifférence est blâmable, il y a faute morale ; mais non point crime » (1).

M. Garçon va encore plus loin. En l'absence d'un texte de loi, il ne veut pas reconnaître que l'omission deviendrait coupable, et tomberait, en effet, sous le coup de la loi répressive, « lorsque celui qui s'est abstenu avait le devoir d'intervenir, devoir qui pourrait résulter, soit d'une obligation légale, soit d'une obligation librement assumée (2). » Il prend l'exemple du cantonnier qui laisse volontairement sur une route qui lui

(1) Garçon, *op. cit.*, p. 671.

(2) *Op. cit.*, p. *cit.* A l'avis de M. Gand (*op. cit.*, p. 111), le délit de commission par omission serait punissable toutes les fois que l'on rencontrerait en lui

est confiée, des pierres qui provoqueront un accident mortel pour un voyageur qu'il sait devoir passer sur cette route. M. Garçon ne veut pas reconnaître que, dans ce cas, le cantonnier devient même le complice de ceux qui ont mis les pierres sur la route. Le devoir, dont était tenu le cantonnier, ne constitue pas à ses yeux un élément, le rendant du fait de son abstention, l'auteur principal de l'assassinat, pas plus que l'omission du fonctionnaire chargé de maintenir l'ordre public dans la rue et qui assiste impassible à un crime, ne constitue, pour M. Garçon, le cas qui peut être assimilé à la commission. Toute la difficulté réside, pour M. Garçon, en ceci : le juge ne peut pas, sans un texte spécial, assimiler les deux délits : celui d'omission et celui de commission. Il reconnaît que la répression est juste et admet la peine imposée par ce qu'on appelle « la conscience publique ».

On se trouve en présence d'un oubli du législateur. Le grand pénaliste demande donc une loi spéciale, parce que dans les textes actuels, on ne trouve pas les éléments suffisants pour punir. « Il faut un texte pour incriminer le délit d'omission et fixer ses limites avec certitude ; s'il n'existe pas, quelque regrettable que soit cette lacune, le juge n'a pas le pouvoir de la combler. » (1).

M. Georges Vidal (2) voit la difficulté de punir le délit d'omission dans le fait que la loi pénale ne punit pas la sim-

les trois éléments qui constituent la punibilité de la commission simple : causabilité, volonté consciente, omission d'un acte commandé. Un acte omis ne constitue une faute que si une obligation légale oblige quelqu'un d'agir. Il y aura une violation d'un devoir de conscience, mais la commission par omission ne tombera pas sous le coup de la loi pénale.

M. Gand (op. cit. p. 108) estime que toutes les fois qu'en vertu d'un contrat, de quelque nature qu'il soit, quelqu'un se sera refusé à accomplir un acte, et que par suite de l'omission de cet acte, une mort s'ensuit, il y a homicide par imprudence.

(1) Garçon, op. cit., loc. cit.

(2) Cours de Droit Criminel, ed. 1928, p. 120 et suiv.

ple pensée criminelle, du moment que cette pensée ne se manifeste pas extérieurement par un acte matériel qui soit la cause directe du résultat voulu par l'agent. « Pour le témoin de la noyade, la cause de la mort est étrangère à l'agent qui désire cependant ce résultat, mais se borne à laisser cette cause produire son effet (1). » Cet auteur est plus conciliant que M. Garçon, en ce qui concerne la personne tenue d'agir. C'est ainsi qu'il reconnaît que la personne obligée d'agir, soit par texte de loi, soit par une obligation qu'elle a acceptée, engage sa responsabilité par une simple abstention. Sans cette obligation préexistante, l'omission « rentre dans le droit général à l'indifférence à l'égard des dangers, des malheurs d'autrui, les devoirs moraux d'assistance et de charité n'étant pas légalement exigibles et l'indifférence pouvant constituer une faute morale, mais non un délit pénal (2). »

Les pénalistes n'oublient pas d'établir qu'il y a encore une autre différence entre le meurtre par commission et celui par omission. Cette différence existe au point de vue de la tentative, dont l'existence serait impossible à établir dans le délit d'omission.

On sait que les auteurs pénalistes posent, comme base de la tentative simple, punissable, trois éléments :

- a) un commencement d'exécution d'un crime ou d'un délit ;
- b) un arrêt involontaire dans cette exécution ;
- c) l'intention de commettre tel ou tel crime ou délit.

Le premier élément manque, nous disent ces auteurs, dans

(1) Vidal, op. cit., loc. cit.

(2) Vidal, op. cit., loc. cit. Cet auteur reconnaît encore que le *crime de faux en écriture*, qui est en principe un délit de commission, peut cependant de simples omissions dans les écritures.

considérée comme commencement d'exécution de l'homicide.

Or, nous avons démontré que, le plus souvent, se produit, dans la conscience de l'individu, la décision qui peut être considérée comme l'élément intentionnel. Le commencement le cas d'une omission (1). La simple abstention ne peut être d'exécution du crime ou du délit existe dès le moment où l'individu a pris la décision de ne pas aller porter secours à la personne en danger. On a pu voir, dans l'analyse faite, la justesse du point de vue que nous soutenons, à savoir que toute abstention est une décision par rapport à la volonté. Et si l'élément intentionnel et volontaire est, dans la tentative, l'élément prépondérant, il faut reconnaître que cet élément existe dans des cas qui se sont présentés dans la vie courante. C'est ainsi que dans les arrêts de jurisprudence cités, on trouve toujours, sinon l'élément intentionnel, au moins une volonté si mauvaise qu'elle est tout près de l'intention criminelle (2). En tous cas, même si l'auteur n'a pas eu cette intention criminelle, il avait le devoir de penser aux conséquences de son abstention.

73. C'est à l'occasion de l'affaire Meunier que le problème de l'abstention a été envisagé d'une façon plus étendue. Avant de parler de cette affaire, nous sommes obligé de parler de la loi du 19 avril 1898 qui a été mise en discussion, à l'occasion de cette affaire.

Une réalisation pratique de l'idée d'assistance se trouve dans la loi du 19 avril 1898 sur la « répression des violen-

(1) Vidal, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) Voir les arrêts déjà cités : Cour de Lyon, 10 Nov. 1858 et la Cour de Cassation, le 7 Janvier 1859. S. 59-1-274), l'affaire Meunier (S. 1902-2-395) (D. 1902-2-81).

ces, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants ».

L'article 312 du code pénal, complété par la loi de 1898, punit la privation d'aliments ou de soins à l'égard d'un enfant au-dessous de quinze ans. On ajoute même que l'auteur d'une pareille abstention est assimilé à quelqu'un qui commet un assassinat ou une tentative d'assassinat, lorsqu'il a l'intention de provoquer la mort de l'enfant.

On donne comme raison de l'introduction dans l'article 312 du code pénal de la modification ci-dessus, que l'enfant au-dessous de 15 ans est incapable de se protéger lui-même. C'est encore M. Vidal (1) qui ajoute que l'article ci-dessus ne peut s'étendre aux autres personnes incapables, qui ont dépassé l'âge de quinze ans.

L'aveugle de 16 ans, le paralytique du même âge, enfin tout homme peut être laissé mourant de faim ; on peut lui refuser tous les soins. L'abstention n'est pas punissable. Il n'y a qu'un seul article ; mais cet article se réfère aux enfants au-dessous de quinze ans. Faut-il s'en contenter, et dire que, dans les autres cas, l'abstention reste impunissable ?

La loi de 1898 n'a pu être invoquée dans le cas très connu de l'affaire Monnier. C'est ainsi que la Cour de Poitiers (1) a déclaré que cette loi n'est pas applicable au cas où la privation d'aliments et de soins a été dirigée contre un aliéné. Le fait d'avoir laissé, pendant de longues années, une personne majeure, dont l'aliénation mentale est établie, dans une chambre, sans air et sans lumière, sur un grabat immonde et dans un état de malpropreté indescriptible, au point que l'existence même de cette personne se trouvait compromise,

(1) 20 Novembre 1901 (D. P. 1902-2-84).

ne saurait constituer le délit de violences et voies de fait, prévu et puni par l'article 311 du code pénal.

On a discuté, à cette occasion, la question de savoir si l'article 311 qui contient les mots « violences et voies de fait » demande absolument — comme disent les juristes — un fait de *commission*, ou si, au contraire, une *omission* ne suffit pas.

Le tribunal de Poitiers, dans l'arrêt précité, a trouvé qu'il y a complicité de la part d'un frère pour avoir laissé sa sœur dans la situation décrite ci-dessus, sans rien faire pour elle.

Le fait de ne pas être intervenu fut jugé coupable par le tribunal.

Mais voilà que la Cour de Poitiers dans un arrêt du 20 novembre 1901 (1) trouve qu'il faut des faits positifs, pour être puni conformément à l'article 311. L'arrêt de la Cour dit « que sans doute, malgré ses infirmités d'ailleurs partielles, il n'est pas permis de croire que M. ait alors ignoré l'état lamentable dans lequel se trouvait sa sœur, et que le rôle purement passif auquel il a cru devoir se résigner, ainsi que sa froide impassibilité, qui ne lui a inspiré aucune démarche efficace, méritent le blâme le plus sévère ; que sa conduite ne tombant pas, néanmoins, sous le coup de la loi pénale à laquelle les juges ne sauraient suppléer, il y a lieu pour la Cour de prononcer son acquittement. »

Voilà encore un autre désir de condamner un fait blâ-

(1) Arrêt cité ci-dessus (D. P. 1902-2-83). M. Garçon reconnaît que la réforme de 1898 est incomplète. Les majeurs incapables de se protéger eux-mêmes devraient être assimilés aux mineurs au-dessus de 15 ans. Cet auteur est d'avis qu'on ne peut pas soutenir que cette lacune de la loi peut être complétée par voie d'interprétation, et qu'il soit loisible d'appliquer le nouvel article 311 à celui qui « chargé de la garde d'un aliéné ou d'un paralytique le laisserait mourir de faim ». On ne peut pas non plus invoquer l'article 295 du C. P. puisque le texte nouveau — celui de 1898 — prouve à l'évidence, d'après cet auteur, que l'abstention à l'égard des enfants au-dessus de 15 ans, n'est pas punissable.

mable : mais comment faire, du moment qu'aucun article de la loi ne le prévoit ?

On a soutenu, dans le cas ci-dessus, l'idée d'assimiler l'aliéné à une mineure de 15 ans, puisqu'un aliéné est incapable de se défendre ; la Cour a répondu que cette loi s'applique aux mineurs ; « elle ne peut pas être étendue aux aliénés ». Dans le premier arrêt, celui du tribunal de Poitiers, on trouve cette idée qu'il peut y avoir complicité par abstention. Or, dans une note qui accompagne l'arrêt ci-dessus, M. Poittevin écrit : « il nous paraît donc certain que la complicité négative ne constitue pas un mode de participation punissable et que le tribunal de Poitiers a, dans le jugement ci-dessus rapporté, méconnu les principes qui régissent les conditions générales de la complicité. ».

74. Depuis longtemps déjà, même avant l'existence du code actuel, la Cour de Cassation a répondu dans le même sens. Elle a cassé un jugement du tribunal correctionnel de la Haute-Loire condamnant une femme, comme complice, pour avoir consenti au meurtre de son père. Elle a dit notamment dans ce cas : « la loi ne punit pas les pensées, si elles ne sont accompagnées de fait (1). » Généralement on donne, comme motif, à l'impossibilité de punir : « la complicité d'une action qualifiée crime ou délit consiste dans des faits ou actes spécialement déterminés par la loi ; qu'on ne saurait leur assimiler l'inaction de celui qui ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime ou d'un délit, quelque blâmable que puisse être

(1) Crim. Cass. 28 Thermidor, an II, cité par *Blanche. Etudes sur le C. P.*, 2^e édition, T. 2, p. 165, n^o 82.

cette inaction au point de vue de la morale ou de l'humanité (1) ».

La doctrine a toujours approuvé ce point de vue qu'il ne peut pas y avoir complicité, par abstention, parce que ni l'article 59 et suivants du code pénal, ni surtout l'article 60, ne contiennent d'allusions à la culpabilité par abstention. On demande des faits positifs, et les articles du code pénal s'interprètent d'une façon stricte.

M. Garraud, aussi, soutient que la volonté qui ne se traduit pas en actes échappe à toute répression. « La loi pénale — écrit M. Garraud — a pour but d'empêcher de faire le mal plutôt que de contraindre à faire le bien : elle est avant tout prohibitive, rarement impérative (2) ».

75. Pour conclure, nous dirons qu'il y a deux théories en matière d'abstention ; ou, comme l'appellent les pénalistes : le délit de commission par omission.

La théorie objective, qui demande, pour l'existence d'un délit, un rapport de causalité entre l'activité de l'agent et le dommage réalisé. Pour les théoriciens de ce système, la cause doit exister dans la matérialité d'un fait. C'est ainsi que certains auteurs admettent que, seule, l'abstention à un devoir imposé à certaines personnes peut être jugé coupable. Ils parlent du devoir d'intervenir de la part d'une personne ayant accepté une fonction qui l'oblige à intervenir. Pour les parti-

(1) Cf. Poittevin (Note accompagnant un arrêt (D. P. 1902-2-31).

L'article 8 du code pénal autrichien précise : « Personne ne peut être contraint de rendre compte de ses pensées ou de ses desseins intérieurs, tant qu'il n'a pas entrepris une action extérieure condamnable, ou n'a rien omis de ce que la loi prescrit de faire ».

(2) Précis de Droit Criminel, 14^e éd. p. 64. Dans ce sens voir encore : Théorie C. P., 6^e éd., T. I, n^o 280, p. 441. Laborde, Cours de Droit Criminel, n^o 542, p. 351 ; Le Sellyer, Traité de la Criminalité, T. 2, n^o 389, p. 351 ; Rauter, Traité théorique et pratique de droit criminel, T. I, n^o 113, p. 209 ; Molinier, Traité théorique et pratique, T. 2, p. 242.

sans de la théorie objective, seul, un engagement antérieur peut obliger quelqu'un à intervenir.

La théorie subjective s'adresse à l'individu, l'examine au point de vue psychologique et tire des conséquences de cet examen. Pour les partisans de cette théorie, le problème se pose d'abord, à l'égard de ceux qui se sont abstenus, parce qu'ils désiraient la mort d'une personne.

Les théoriciens pénalistes français n'admettent que rarement la culpabilité. Et encore, mettent-ils comme condition, que la preuve soit faite d'une façon indubitable que la personne, qui n'est pas intervenue, désirait la mort de la personne en danger.

Nous nous rattachons aux théoriciens allemands, qui ont considéré l'individu au point de vue psychologique. Ils ont admis l'abstention causale ; mais non pour le motif que c'est cette abstention qui a provoqué la mort. Nous tombons, avec ce raisonnement dans le néant, parce qu'alors il faut accuser tout le milieu du meurtre. Il faut chercher la cause chez l'individu même : il aurait pu éviter le malheur ; il n'a rien fait.

Comme nous l'avons dit, il faut considérer la volonté de l'homme comme capable de s'opposer aux événements en cours et de les empêcher de se produire. Nous ne voulons pas reconnaître que l'homme puisse accepter le destin aveugle, sans réagir. C'est faire abstraction de la nature même de l'individu, qui manifeste au plus haut point l'instinct de conservation, que de dire que l'homme n'est pas poussé vers l'action.

Nous croyons qu'on a exagéré, en disant que le système subjectif assimile d'une façon absolue le délit d'omission à celui de commission. Certains auteurs trouvent mal fondée cette assimilation de la volonté criminelle de celui qui ne fait que profiter d'une occasion de satisfaire sa haine, d'exer-

cer sa vengeance, à celui de l'individu qui a résolu le crime et qui l'exécute, si on en arrive à dire que la volonté criminelle du premier est moins coupable que celle du second (1).

76. Comme nous l'avons dit plus haut, la manifestation de la volonté consiste ici dans le non-accomplissement volontaire d'un mouvement du corps qui devait être accompli. Un grand pénaliste allemand, Von Liszt, estime que, omettre le cri d'alarme, pour un gardien ligotté par des malfaiteurs ou frappé d'évanouissement, n'est pas une manifestation de volonté, ni une action (2). Ce cri d'alarme ne se produit pas, même si l'auteur agit libre de toute contrainte, c'est-à-dire s'il avait la possibilité d'émettre ce cri d'alarme.

Dans une partie de la doctrine allemande, on admet que, sous certaines conditions préalables, l'ordre juridique, comme la vie elle-même, considère comme équivalents le fait de provoquer un résultat et celui de ne pas empêcher ce résultat. La condition préalable est que l'omission doit être contraire au droit, c'est-à-dire qu'il faut qu'il existe une obligation juridique d'agir (3). Il existe un devoir d'agir, quand un texte spécial oblige à cela (Code pénal, paragr. 221 et 357) ; ou quand le devoir, explicitement ou implicitement « existant en d'autres domaines juridiques, appartient en somme à un ensemble de devoirs, résultant d'une situation juridique déterminée : fonction, contrat, devoir des parents de nourrir leurs enfants, obligation contractuelle du

(1) Cf. Hémard (Note au S. 1002-2-305).

(2) Liszt « Traité de droit pénal allemand » Trad. Française p. 195.

(3) Cf. Liszt op. cit., loc. cit.

garde-malade, devoir officiel du fonctionnaire, du gardien de prison, du garde-barrière.

Dans ces cas, l'omission est assimilée dans ses conséquences juridiques, au fait de commission (1).

Il y a encore délit d'omission dans le fait de faire naître un danger, sans avoir pris les mesures de précaution nécessaires. Liszt mentionne encore que les codes pénaux modernes ne s'occupent pas d'une façon spéciale de la culpabilité par omission, car elle est généralement reconnue dans la doctrine et la jurisprudence. Il en résulte à ses yeux, que l'omission d'empêcher le résultat, est équivalente à sa provocation, lorsque des règles spéciales n'en décident pas autrement (2).

Il faut conclure que dans la jurisprudence et la doctrine allemandes, le cantonnier, par exemple, qui laisse des pierres sur le chemin de fer, parce qu'il veut se venger d'un voyageur qui doit passer, est jugé aussi coupable que s'il avait mis lui-même les pierres. Le fait d'omission est ici assimilé au fait de commission. Or, nous savons que la plupart des théoriciens français, même s'il s'agit d'une personne qui était tenue par un engagement antérieur d'intervenir, n'admettent pas que l'omission de cette personne puisse être assimilée à l'action (3). Il y a donc une différence assez grande entre les deux conceptions.

Dans le cas, par exemple d'une femme qui ne fait rien pour sauvegarder la vie de son mari, et qui adopte une attitude d'abstention, on a cherché à faire intervenir l'idée que

(1) Cf. Liszt op. cit. loc. cit. Il ne faut pas oublier que même dans ces cas les doctrinaires pénalistes français n'admettent pas que le délit d'omission soit assimilé aux délits de commission.

(2) Cf. Liszt op. cit. loc. cit. Voir cependant les codes norvégien et de Siam.

(3) Voir notre paragraphe sur l'omission dans le droit français.

les époux sont tenus entre eux de se prêter assistance dans la vie. On a tâché de faire intervenir cette source, comme obligation légale d'agir ; mais la plupart des juristes français ont repoussé cette idée (1).

La Doctrine et la Jurisprudence allemandes, au contraire, admettent que ce devoir d'agir peut ressortir « explicitement ou implicitement » des circonstances, d'un contrat ou des situations de parenté. L'assimilation des deux délits est faite, parce que, nous dit Liszt, il ressort de l'interprétation, qu'il ne faut pas un texte spécial qui prévienne le délit d'omission (2).

En France, on fait une application courante du principe que l'obligation d'agir exige un texte spécial de loi. Sans un texte qui oblige à agir, pas de délit, pour une personne. Or, dans la Doctrine allemande, on est d'accord pour dire qu'il ne faut même pas mentionner d'une façon spéciale le délit d'omission, parce que celui-ci découle directement du fait qu'il y avait devoir de faire. Il y a donc une différence entre la conception allemande et la conception française dans laquelle — comme on l'a vu — même s'il y avait obligation d'agir, on n'assimile pas l'omission à l'action.

(1) Voir Garçon, *op. cit.*, loc. cit.

(2) *Op. cit.*, loc. cit.

CHAPITRE III

L'ASSISTANCE DANS SES APPLICATIONS POSITIVES

SECTION I

77. L'obligation d'agir en faveur d'un autre : action « *ad exhibendum* », le témoignage etc... — 78. L'expropriation d'un droit pour utilité particulière. — 79. De la nature de l'obligation d'assistance : il s'agit d'un créancier et d'un débiteur d'un tout autre ordre.

77. La conception solidariste se manifeste encore dans des circonstances, où on oblige une personne à agir en faveur d'une autre, du moment que cette action est utile et ne demande pas un sacrifice trop grand. M. Ripert voit dans l'obligation mise à la charge de celui qui peut apporter la preuve nécessaire pour établir un droit, « une considération légale du devoir d'assistance dans un cas particulier, où une personne est constituée débitrice, parce qu'elle est seule en mesure de rendre le service utile (1). »

M. Demogue (2) se demande quelle base il faut donner à cette action en dehors de la coutume ?

M. Demontès (3) s'occupe de l'obligation d'exhiber un document qui peut exister entre deux contractants ou deux

(1) Règle morale etc., p. 272.

(2) Obligations, T. III, p. 341.

(3) L'action *ad exhibendum* en droit moderne ». Thèse, Paris 1922.

plaideurs. On explique cette obligation, soit par une idée de communauté de titre, soit par l'idée de mandat, soit par l'idée de l'équité ou l'intérêt de la justice.

Etant donné deux personnes qui ont traité, ou qui, en tout cas, sont en relation d'affaires, le fait d'obliger l'une des deux à produire un instrument juridique qui est nécessaire à l'autre, peut s'expliquer. Mais comment admettre l'obligation d'exhiber un document pesant sur un tiers, simple particulier. L'objection qu'on fait est celle-ci : comment obliger un individu qui est totalement étranger à une contestation, à fournir des preuves à l'une des parties en cause ? (1). On répond généralement en donnant l'exemple du témoignage.

Une personne peut être contrainte de venir déposer oralement comme témoin dans l'enquête civile. Quand on menace une personne de la contrainte, si elle refuse pour venir déclarer ce qu'elle sait, il y a là « quelque chose de contraire à une conception individualiste stricte du droit (2). »

M. Demogue écrit : « Non seulement on peut dire que le juge peut employer tout moyen de preuve non prohibé ; mais un tiers est bien obligé de collaborer à l'œuvre de la justice, toutes les fois qu'il est cité comme témoin. Il n'est pas étonnant qu'il soit obligé de le faire en laissant examiner des titres qu'il a entre les mains (3). »

(1) Demontès, op. cit. p. 182.

(2) Demontès, op. cit., loc. cit. Dans le même sens l'article de M. Appleton, *Revue Trimestrielle*, 1912.

(3) Obligations, T. III, no 214.

Dans l'avant-projet franco-italien on trouve dans l'article 86 la disposition suivante : « Le possesseur ou détenteur d'une chose est engagé à la présenter à celui qui prétend à un droit relativement à cette chose, si l'inspection en est nécessaire pour déterminer l'existence ou les limites du droit allégué. S'il s'agit d'un titre ou autre document, le juge peut en ordonner la présentation et, le cas échéant, la production en justice, même au profit de celui qui prétend seulement en déduire la preuve d'un droit ».

Il faudra qu'il s'agisse d'un intérêt sérieux, et que la demande ait pour but d'appuyer une preuve admissible. Le pouvoir d'appréciation du juge sera grand, et M. Demogue ne craint pas l'arbitraire du juge, parce qu' « une fois les conditions remplies, nous ne voyons pas de raison pour limiter arbitrairement les pouvoirs des magistrats (1). »

Un simple intérêt ne suffit pas pour obliger un tiers à produire des titres qui sont nécessaires à un plaideur, il faut qu'à la considération pécuniaire s'ajoute quelque chose, soit un point de vue moral, soit une idée de fraude ou de dol (2). Surtout quand la personne fait la preuve qu'elle a besoin d'une lettre destinée à écarter des imputations dommageables à son honneur, les juges obligent la personne qui détient cette lettre à la produire. C'est ainsi que la Cour de Cassation (3) a approuvé le jugement qui condamnait D..., notaire, pour le fait de ne pas avoir présenté une lettre, qui était nécessaire à la dame L... La plaignante soutenait qu'elle avait subi un préjudice moral résultant d'imputations, que la lettre, par elle réclamée, eût pu détruire. Le dommage produit par D... a été trouvé égal à celui subi par la dame L..., à cause des imputations faites et qu'elle ne pouvait pas détruire.

En ce qui concerne l'obligation qui existe pour toute personne de produire un testament, qui se trouve entre ses mains, il y a plusieurs arrêts. Si par le retard qu'on y a mis, on a produit à autrui un dommage, on est obligé de la réparer (4).

Nous ajouterons que l'obligation « ad exhibendum » se

(1) Demogue, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) Demontès, *op. cit.*, p. 186.

(3) Req. 22 Déc. (D. 99-1-85).

(4) Dijon, 25 Fév. 1898 (S. 99-2-245). Trib. Seine, 14 Janv. 1909-5-52.

heurte souvent à l'intérêt qu'un tiers peut avoir à ne pas accepter qu'une certaine chose soit connue par un autre que lui. Dans l'obligation que nous demandons d'introduire, nous ne voyons pas la justification d'un refus, dicté par cette considération que quelqu'un peut avoir intérêt à la mort de son semblable ou à l'incendie de sa maison.

L'intervention d'un tiers qui refuse l'exhibition d'un titre, en faveur d'une autre personne, peut encore être rejetée pour la raison que celle-ci peut trouver ailleurs le document nécessaire.

Dans le cas d'une aide urgente, nécessaire, la question est toute autre : il y a un moment de danger ; quelqu'un est en mesure d'intervenir ; son intervention est nécessaire immédiatement, plus tard elle deviendra inutile. Du moment que la nécessité d'une intervention s'impose rigoureusement, et qu'un seul individu peut intervenir, peut-on parler encore d'une liberté complète d'abstention ?

Le fait de se trouver en présence d'un danger grave pour autrui, même si on l'attribue à une fatalité aveugle, maîtresse des événements, doit commander à toute personne de s'imposer une intervention quelconque et de ne pas laisser les événements se dérouler sans le contrôle humain dans la mesure du possible. Quand nous disons qu'il y a entre le refus du témoignage, celui de l'obligation « *ad exhibendum* », tels qu'ils sont conçus par la loi et la Jurisprudence — et l'abstention fautive, dans un cas de péril, une différence des plus marquées, c'est que nous attribuons beaucoup plus de gravité à cette dernière abstention qu'à la première, parce qu'elle peut devenir fatale dans ses conséquences. Quand on dit : la loi oblige une personne à témoigner, même dans un procès civil, on invoque cette considération, que c'est cette personne qui connaît les circonstances d'une chose. C'est la

seule — et pas une autre — qui peut éclairer la justice. Il est bien possible que cette personne ait été mise en situation de connaître une affaire contre son gré ; que ce soit par un effet du hasard qu'elle connaisse un litige qu'elle aurait voulu ne jamais connaître. Cela ne la libère pas de la contrainte qu'on pourra lui imposer, de déposer devant la justice sur les faits qu'elle connaît : même, notons-le bien, dans un cas où il s'agit d'un litige civil. Pourquoi trouver extraordinaire par conséquent d'obliger une personne à intervenir dans un moment où la vie d'un homme est en péril, puisque cette personne seule — et non pas une autre — s'est trouvée par hasard auprès de cet homme en danger de mort ?

78. Le code civil allemand a prévu, dans son article 228, le cas suivant : « Quiconque détériore ou détruit une chose appartenant à autrui, afin d'écarter de soi ou d'un autre un danger, dont cette chose présente la menace, cesse de faire un acte contraire au droit, lorsque la détérioration ou la destruction étaient exigées pour repousser le danger. » Et l'article 904 dit : « Le propriétaire ne peut pas interdire à autrui l'usage de sa chose, si cela est indispensable pour écarter un danger présent incomparablement plus grand que le dommage qui doit en résulter pour lui-même. Il peut se faire indemniser du dommage causé. »

Dans le même sens, l'article 52, alinéa 2, du code suisse parle de celui qui porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou pour préserver un tiers d'un danger ou d'un dommage imminent.

Il faut encore citer l'article 2396 du code portugais, qui est rédigé dans le même sens.

On peut voir par ces textes, combien le droit d'autrui de-

vient quelque chose de relatif, dans un moment de danger pour une personne.

En présence d'une nécessité assez grave, le législateur sacrifie la propriété d'autrui, du moment que ce sacrifice est indispensable pour écarter un danger présent. La limitation d'un droit est la conséquence d'une idée supérieure qui trouve que, dans la vie, il peut se produire des nécessités assez impérieuses pour que le droit d'une personne devienne quelque chose de relatif.

Une raison sérieuse suffit pour sacrifier, dans un intérêt privé, le droit d'un autre. C'est l'assistance obligatoire par voie de patrimoine.

Le problème ci-dessus n'est pas inscrit et résolu d'une façon spéciale dans le code civil français.

Individualiste par excellence, le législateur français ne pouvait pas concevoir une pareille expropriation. Mais on doit suppléer à ce texte et résoudre la question conformément à l'intérêt général (1).

Des exemples donnés plus haut on peut voir qu'il y a certains cas où on oblige une personne à faire quelque chose en faveur d'une autre. Il faut élargir ce principe.

79. Quand nous avons dit, dans notre introduction que toute obligation de faire s'interprète d'une façon étroite, nous avons reconnu qu'entre un créancier qui exige une prestation et un débiteur qui doit exécuter, l'interprétation doit être favorable à ce dernier.

Nous aussi, nous concevons l'homme libre. Seulement, nous ajoutons tout de suite qu'entre les obligations ordi-

(1) Cf. Demogue, I., T. III, n° 240.

naires et celles dont nous nous occupons ici, il y a la différence suivante : un créancier habituel doit avoir le souci de bien défendre ses intérêts. Il doit prendre toutes les mesures dictées par les circonstances. S'il ne l'a pas fait, on doit interpréter toute obligation de faire d'une manière favorable au débiteur. Entre celui qui doit et celui à qui il est dû, il est raisonnable d'arbitrer, en imposant au premier l'obligation la plus clémente. Là, il s'agit presque toujours d'un intérêt patrimonial. Dans le problème que nous étudions, il ne s'agit plus d'un créancier exigeant, qui réclame à l'autre plus ou moins. Nous nous trouvons en présence d'une personne qui n'est plus la créancière d'une dette, dont elle tirera profit par *l'exploitation* de l'activité de l'autre.

L'intérêt qui est à la base de l'activité requise d'une personne qui peut en assister une autre n'est plus cet intérêt qui porte les individus à s'obliger entre eux en vue d'en tirer profit.

Quand nous parlons, en matière d'assistance, d'un créancier et d'un débiteur, c'est pour mieux démontrer qu'il y a quelqu'un qui peut demander un service et un autre qui le doit. Peut-être les termes de « débiteur » et de « créancier » sont-ils impropres en notre matière. Lorsque, dans son ouvrage, M. Ripert parle de la nécessité de remplacer, dans certains cas, la notion de l'obligation — telle qu'elle résulte du concept de la responsabilité — par la notion du *droit à l'assistance* (1), nous aurions voulu encore qu'il nous donnât les termes adéquats, à propos de l'obligation d'assistance, correspondant à ceux de « créancier » et de « débiteur », couramment appliqués à des notions très différentes.

(1) Op. cit., p. 260.

Du moment qu'on introduit cette notion qui est « l'obligation d'assistance » dans le droit civil, il serait opportun de remplacer par d'autres ces mots de « créancier » et de « débiteur ». Quand on dit « obligation d'assistance », cela a un sens supérieur à celui couramment attribué à l'obligation en général. L'introduction d'un devoir moral dans le domaine juridique donne à ce devoir une autorité plus grande au point de vue positif ; mais elle lui fait perdre une partie de sa puissance idéale : on se trouve en présence d'une matérialisation. Si toutefois une nécessité pratique demande ce changement, il faudrait trouver une forme qui put exprimer d'une façon mieux appropriée la nouvelle conception morale, introduite dans le droit positif. M. Ripert parle de la difficulté de déterminer « la personne du créancier » dans une obligation d'assistance. Peut-être a-t-il raison, puisqu'en matière d'obligation civile, on ne connaît que le créancier d'une part et le débiteur de l'autre. Et, quoique dans certains cas, l'individu ait à payer une dette envers la société, — dans notre cas envers un des individus qui la composent, — nous aimerions mieux désigner autrement les deux parties en présence, que par ces vocables, dont l'un est « créancier » et l'autre « débiteur ». L'individu éprouve une sorte de répulsion à s'entendre qualifier de « débiteur ». La notion de dette fait naître, par elle-même, celle de la perte d'une partie de notre personnalité dans ses manifestations extérieures. Depuis les débuts du droit romain (alors que le débiteur avait toutes les chances d'être réduit au rôle d'un simple objet dans le patrimoine de son créancier, qui pouvait disposer de lui jusqu'à le faire disparaître en lui donnant la mort) jusqu'à nos jours, où le débiteur peut toujours être contraint à s'exécuter, l'idée qu'on est débiteur de quelqu'un éveille

Toujours chez l'homme le sentiment d'une subordination, d'une renonciation.

Il faut donc organiser l'assistance au point de vue technique : nous signalons le caractère, d'après nous trop accablant, des termes en discussion. Il reste à d'autres le soin de donner à ces deux notions le sens qui leur convient le mieux. En ce qui nous concerne, nous donnons aux mots le sens généralement consacré.

Revenons maintenant à notre question. Comme nous l'avons dit, il s'agit d'un « créancier » d'un tout autre genre que le créancier habituel. Nous nous trouvons en présence d'un sujet qui a simplement le nom de « créancier ». Il demande un service dans un tout autre but que celui habituellement poursuivi par l'appel adressé à un débiteur. Pourquoi dire alors qu'il faut appliquer, même dans les circonstances qui nous préoccupent, l'idée qu'on n'est débiteur d'une prestation que dans la mesure où un texte le prévoit, et ne pas admettre qu'il s'agit, en l'espèce, d'une toute autre dette que celles généralement conçues dans les obligations par le législateur ? Entre celui qui lutte contre un danger, demandant le geste sauveur — qui fait de lui un « créancier » — et son semblable, qui le paie avec des arguments qui tiennent de la conception de liberté, nous croyons qu'il ne faut pas beaucoup insister pour conclure que c'est le « créancier » qui mérite d'être regardé d'un œil favorable par le législateur.

SECTION II

80. L'assistance maritime. — 81. L'application pratique de ce principe. — 82. Les appréciations de la Doctrine à l'égard des actes louables. — 83. L'évolution de la Jurisprudence : l'application du principe de la « gestion d'affaires ». — 84. Des arrêts de Jurisprudence où on retrouve l'esprit individualiste.

80. La mer et les océans ont inspiré aux hommes des idées de solidarité. En face du péril commun, depuis longtemps déjà, ils ont conçu l'assistance et le sauvetage. L'assistance a pour but d'éviter les naufrages et le sauvetage : c'est l'acte consistant à recueillir ce qui reste d'un navire, quand le sinistre est consommé.

Les tribunaux ont très souvent à se prononcer en matière de sauvetage et d'assistance.

L'assistance maritime n'est pas une question d'aujourd'hui. Dans l'histoire maritime elle remonte aux origines. Lemoine nous dit : « C'est une tradition très en honneur, une espèce de solidarité internationale qui pousse instinctivement le marin à commettre les plus grandes imprudences, lorsqu'un de ses compagnons de voyage est exposé à un danger. Sauver un homme ou même plusieurs, c'est pour tout marin accomplir une action très simple et très naturelle. » (1).

En France, jusqu'au 10 mars 1891, aucun article ne tranchait la question, même en cas d'abordage, et seuls deux textes du Code de justice militaire pour l'armée de mer prévoyaient l'assistance. Voici l'article 273 du code de justice

(1) Les règles de Droit international maritime, p. 240.

militaire : « Tout commandant d'une portion quelconque des forces navales de l'empire qui, sans motifs légitimes, refuse du secours à un ou plusieurs bâtiments, amis ou ennemis, implorant son assistance dans la détresse, est puni de la destitution. »

Voici maintenant l'article 362 du même code : « Tout capitaine d'un navire de commerce français qui refuse de porter assistance à un bâtiment de l'Etat dans la détresse, est puni d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans. »

L'article 4 de la loi de 1891 fait l'assistance facultative pour tous les navires n'appartenant pas à l'Etat, et obligatoire envers tous les navires en détresse appartenant à l'Etat.

En ce qui concerne l'abordage, cette assistance est obligatoire pour tous les navires, quels qu'ils soient, et quelle que soit leur nationalité. Voici en ce qui concerne l'abordage le texte de l'article 4 de la loi du 10 mars 1891 (1) : « Après un abordage, le capitaine, le maître ou le patron de chacun des navires abordés, est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger pour son navire, son équipage et ses passagers, d'employer tous les moyens dont il dispose pour sauver l'autre bâtiment, son équipage et ses passagers du danger créé par l'abordage. Hors le cas de force majeure, il ne doit pas s'éloigner du lieu du sinistre avant de s'être assuré qu'une plus longue assistance leur est inutile, et, si ce bâtiment a sombré avant d'avoir fait tous ses efforts pour recueillir les naufragés » (suit l'énumération des sanctions édictées).

Dans plusieurs pays, l'assistance était obligatoire, même s'il s'agissait d'un navire étranger, mais dans la plupart des pays l'assistance était facultative.

(1) D. P. 1891-4-38. Dans le même sens l'article 315 du code pénal norvégien.

C'est à Bruxelles, en 1910, que la majorité des Etats du monde s'est réunie en vue de créer l'assistance obligatoire pour tous ceux qui se trouvent en péril. L'article II du traité international sur l'assistance et le sauvetage maritimes est conçu en ces termes : « Tout capitaine est tenu, autant qu'il peut le faire, sans danger sérieux pour son navire, son équipage, ses passagers, de prêter assistance à toute personne même ennemie, trouvée en mer, en danger de se perdre (1). »

C'est la loi du 29 avril 1916 qui, dans son article 12, a introduit en France l'obligation d'assistance, en lui donnant une sanction pénale. L'article 2 de cette loi prévoit que tout fait d'assistance ou de sauvetage, ayant eu un résultat utile, donne lieu à une équitable rémunération (2).

Les pays qui ont adhéré à la convention de Bruxelles ont reconnu que l'assistance aux personnes étant un devoir d'humanité, ne devait pas permettre de réclamer une rémunération.

Mais on a reconnu que, lorsque dans une même opération d'assistance et de sauvetage, il est pourvu à la sécurité des personnes et des choses, tout à la fois, les sauveteurs de vies humaines auront droit à une part équitable de la rémunération accordée aux sauveteurs du navire et de la cargaison. Le décret du 6 avril 1923 sur la radio-télégraphie s'occupe de l'assistance requise par appel de détresse.

(1) D. P. 1919-4-285.

(2) M. Smeesters écrit sur l'assistance maritime : « La règle en vertu de laquelle une indemnité est due en cas d'assistance repose sur des considérations d'intérêt public. Il faut encourager tous ceux qui sont dans l'occasion de pouvoir secourir un navire en détresse. La perspective d'une récompense constitue le plus efficace des encouragements. Il y a un intérêt humanitaire considérable à ce qu'il en soit ainsi. Pareille organisation juridique est de nature à augmenter la sécurité des hommes et des choses exposées aux risques maritimes. Tout ce qui peut augmenter cette sécurité est d'intérêt public. Voilà, nous semble-t-il, le point de vue véritable auquel il faut se placer » (*Droit maritime et fluvial*, t. II, p. 966).

M. Ripert (1) estime « qu'il est probable que le droit maritime arrivera à reconnaître et à sanctionner une obligation générale d'assistance en mer pour les biens comme pour les personnes ». Combien ces mots sont différents de ceux que MM. Lyon-Caen et Renault écrivaient, il y a quelques années, sur l'assistance maritime : « Il n'y a là qu'une obligation morale, un devoir. Cette absence d'obligation légale est conforme aux principes généraux de notre législation ; en règle générale une personne est bien tenue légalement sous la sanction des articles 1382 et 1383 du code civil, et sous des sanctions pénales diverses, variant avec les faits, de ne pas commettre d'acte dommageable à autrui ; mais une personne n'est pas, au contraire, tenue d'accomplir des actes avantageux à d'autres personnes, en empêchant celles-ci de subir un dommage dont elles sont menacées (2) ».

Aujourd'hui, grâce à la loi du 29 avril 1916, intervenue après les conventions de Bruxelles, on voit bien comme le temps peut modifier un principe de droit.

La loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, dans l'article 57 prévoit qu'en cas de collision d'aéronefs, l'avion qui peut continuer son vol est obligé d'amerrir pour prêter assistance à l'avion tombé en mer. Il est obligé de prêter l'assistance même s'il n'est pas responsable d'une faute commise à l'occasion de l'accident.

D'après l'article ci-dessus tout aéronef est obligé — s'il le peut — de porter secours aux personnes se trouvant à bord d'un autre aéronef en péril.

(1) Op. cit., n° 152.

(2) Lyon-Caen et Renault, 4^e édition, T. 6, n° 1067. D'ailleurs si on lit le « Manuel de droit commercial » (12^e édition) de ces deux auteurs on trouve « l'assistance maritime » à la page 699, mais les auteurs ont exclu la partie qui parle des principes généraux de notre législation.

C'est l'application de la loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes.

L'article 72 de la loi du 31 mai 1924 est conçu dans les termes suivants :

« En cas d'accident causé par aéronef aux personnes de la surface, la loi du 17 juillet 1908 qui prévoit et réprime le délit de fuite est applicable sauf le cas où il serait établi que l'arrêt de l'aéronef aurait compromis la sécurité des passagers. »

De l'esprit des articles ci-dessus, il reste l'obligation d'assistance même en dehors de toute faute.

81. Il faut bien dire que le principe de l'assistance a une application de chaque jour (1). Pour accorder une rémunération à quelqu'un qui a assisté un navire, les tribunaux ont un pouvoir entier d'appréciation ; c'est ainsi qu'ils prennent en considération plusieurs éléments ; le temps employé, les risques courus et possibles ; le péril du navire assisté, la valeur du navire et de sa cargaison.

C'est pour l'encourager aussi bien que pour le récompenser que le législateur a établi un droit à une rémunération pour le navire assistant.

Si par exemple un navire en péril fait appel à un autre

(1) On s'est demandé si un armateur doit répondre en tant que commettant, du fait que le capitaine d'un navire — qui est son préposé — a fait un tort à autrui en lui refusant l'assistance légale. Dans les conventions de Bruxelles (art. 8, § 3, de la convention d'abordage ; art. 11, § 2, de la convention d'assistance) on a introduit une dérogation : les propriétaires de navires ne répondent pas des fautes commises par leurs capitaines en ce qui concerne l'obligation légale d'assistance. Mais ni les lois belges du 12 août 1911, qui ont sanctionné les principes des conventions en matière d'assistance maritime ni la loi du 29 avril 1916 en France, n'ont pas prévu la dérogation ci-dessus.

et que celui-ci oblige le premier à accepter des conditions trop lourdes, les tribunaux font application du principe général qui se dégage de l'article 1111 du code civil, lequel déclare « que la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité ». Voici dans le même sens un jugement du tribunal de Marseille (1) qui déclare « qu'il y a lieu d'annuler pour vice de consentement, le contrat d'assistance fait en mer par le capitaine d'un navire échoué qui se trouve dans une situation périlleuse, alors surtout que le navire assistant a posé des conditions sine qua non ».

Et dans un arrêt de la Cour d'Aix : « Considérant que le consentement de celui qui s'oblige est une condition essentielle d'une convention ; que quand le consentement n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte, inspirée par un péril redoutable.. » (2).

De pareilles décisions se produisent surtout quand entre les navires interviennent des conventions spéciales. Mais bien souvent, à cause des circonstances, il est difficile de passer des conventions spéciales.

C'est alors l'idée de quasi-contrat que les tribunaux font intervenir en cas d'assistance.

Voici un exemple d'où il résulte que depuis longtemps cette conception de quasi-contrat est entrée parmi les motifs invoqués dans les arrêts : « Considérant que lorsqu'un navire en détresse, en péril de mer, demande et obtient le secours ou l'assistance d'un autre navire, il se forme entre les navires, à défaut d'une autre convention que les circonstances rendent souvent impossible, un « quasi-contrat » duquel

(1) 20 Juillet 1892. Autran, R. D. J. M. PIII-705.

(2) Janvier 1890, Autran, R. D. I. M. 1889-1890.

naît, pour le propriétaire assisté, l'obligation de rémunérer le service qu'il a sollicité et qui lui a été rendu, etc... (1) ».

Les tribunaux font une application pratique de chaque jour du principe de l'assistance maritime qui n'est plus discutable (2). Nous n'entrons pas dans l'analyse plus profonde de ce principe. Ce que nous avons voulu montrer, c'est que l'idée d'obliger un navire d'en assister un autre en péril, est acceptée comme quelque chose qui paraît tout à fait naturel.

On trouve une disposition spéciale dans « l'Ordonnance sur la marine » dans laquelle le roi, en 1681, prescrivait à ses sujets de « faire tout devoir pour secourir les personnes qu'ils verront dans le danger de se perdre ».

« L'individualisme de la législation napoléonienne a laissé tomber la prescription et il a fallu longtemps pour la reprendre », nous dit M. Ripert (3).

Pourquoi ne pas admettre une pareille obligation d'assistance dans les rapports des hommes sur la terre ? On dit que l'obligation légale d'assistance maritime a été admise, à cause des rapports particuliers de l'assistant et de l'assisté.

(1) Liv. 4, T. 55, art. 3 cf., Ripert, op. cit., n° 152.

La loi belge du 12 août 1911, dans l'article 262 précise : « Toute convention d'assistance et de sauvetage passée au moment et sous l'influence du danger, peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le juge s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables. Dans tous les cas, lorsqu'il est prouvé que le consentement de l'une des parties a été vicié par dol ou réticence ou lorsque la rémunération est, de façon excessive dans un sens ou dans l'autre, hors de proportion avec le service rendu, la convention peut être annulée ou modifiée par le juge à la requête de la partie intéressée ».

(2) L'article 11 du décret du 6 avril 1928 précise : « Tout capitaine de navire qui reçoit un appel de secours par un navire en détresse est tenu de se porter au secours des sinistrés. Tout capitaine de navire en détresse a le droit de choisir parmi les bâtiments qui ont répondu à son appel celui ou ceux qu'il juge les plus aptes à lui porter secours. Il ne doit exercer ce droit qu'après avoir autant que possible consulté les capitaines de ces bâtiments ». Et plus loin : « Si le capitaine d'un navire se trouve dans l'impossibilité ou ne considère pas comme raisonnable ou nécessaire dans les circonstances spéciales de l'événement de se porter au secours du navire en détresse, il en informe immédiatement le capitaine de celui-ci. Il doit en outre inscrire à son journal de bord les raisons qui sont susceptibles de justifier sa décision ».

(3) Op. cit., loc. cit.

Est-ce une raison pour dire que, puisque sur la terre les hommes sont plus nombreux que sur la mer, il se trouvera toujours quelqu'un pour donner assistance à celui qui est en danger ?

‘ Nous avons montré que dans la plupart des cas, où une abstention s'est révélée fautive, une seule personne pouvait faire quelque chose et ne l'a pas fait. L'idée qu'on abandonne à la collectivité entière une personne qui dépend à un moment donné d'un seul représentant de cette collectivité est en elle-même illogique, parce que jusqu'à présent, la collectivité n'a pas encore donné un mandat impératif à l'individu qui s'est trouvé par hasard dans un endroit, où il y avait obligation d'agir en faveur d'une autre personne. Un individu détenant une « fonction sociale », appelé à défendre un autre, voilà ce que nous ne trouvons pas encore dans le droit positif terrestre. Il n'y a donc pas de raison pour ne pas étendre à terre l'obligation d'assistance qui existe déjà sur mer.

82. Quelquefois témoins d'un danger qui menace un de leurs semblables, les hommes ne restent pas indifférents. Ils prennent l'initiative d'aider leur semblable, dans des cas où cependant ils risquent leur vie. Ce sont des exceptions dans la vie courante.

Leur intervention dépasse quelquefois la conduite que nous tendons à rendre obligatoire pour tous. De quelle façon se sont comportées la Doctrine et la Jurisprudence en face de ces actes de courage ?

Nous donnerons quelques exemples qui nous ont été fournis par la vie courante et où (sauf un cas isolé) la Jurisprudence n'est pas restée indifférente, chaque fois qu'un

homme s'est comporté d'une noble façon. Sans un texte légal précis, prévoyant le cas d'une intervention courageuse on s'est basé sur des considérations d'équité pour accorder des dommages-intérêts à ceux qui ont fait leur devoir.

Avant de commenter la Jurisprudence, donnons quelques opinions de la Doctrine. Après cela nous montrerons les conceptions de la Jurisprudence qui est passée d'une idée d'équité à l'application du principe de la « gestion d'affaires ».

Généralement, la Doctrine admet que le dévouement de celui qui cherche, par exemple, à arrêter un animal ou à éviter un péril à autrui ne saurait être considéré comme étant en faute. Le propriétaire de l'animal ne peut pas reprocher au tiers d'être intervenu, sans un ordre précis de sa part.

Th. Huc (1) écrit : « On ne saurait considérer comme une imprudence le fait de celui qui a été tué ou blessé en cherchant, par dévouement et pour empêcher un malheur imminent, à arrêter un animal échappé. »

Demolombe (2) écrit : « Voici un animal échappé, un cheval, un taureau, qui, dans sa course furieuse, va causer aux personnes et aux choses sur son passage les dommages les plus graves. Un tiers se jette sur lui ; il est blessé en cherchant à l'arrêter et à le maîtriser. Est-ce une faute qui doive le rendre non recevable à exercer une action en dommages-intérêts contre le propriétaire ?

« Une faute ? Oh non, certes, ni une imprudence, ni une négligence. C'est un acte des plus louables de courage et de dévouement ».

(1) Commentaire théorique etc., t. 8, Paris 1885, n° 451.

(2) Traité des engagements, etc., t. 31, n° 652.

Dans le même sens se prononcent Aubry et Rau (1).

Mais si la Doctrine est d'accord avec la Jurisprudence qu'un acte de courage et de dévouement ne doit pas être considéré comme une imprudence, elle n'est pas d'accord sur le caractère à donner à la demande de la personne intervenante. Si on a reconnu que ne pas donner une indemnité ce serait un fait contre l'équité, on a en même temps critiqué l'extension de la notion de « negotiorum gestor ». Ce sont surtout MM. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux (2), Baudry-Lacantinerie et Barde (3), Planiol (4), qui n'ont pas approuvé le point de vue des tribunaux.

Ils trouvent qu'on a poussé trop avant la notion de quasi-contrat.

83. Les arrêts que nous signalerons montrent l'évolution suivie par la jurisprudence.

Quelqu'un abandonne son cheval sur la voie publique. Ce cheval prend la fuite. Une personne s'était lancée au-devant de lui pour l'arrêter. Blessée, celle-ci meurt du fait de ses blessures.

La Cour d'appel de Metz (5) a accordé des dommages-intérêts aux parents de la victime motivant son arrêt de la façon suivante : « Attendu qu'il suit du sens donné aux dispositions législatives que celui qui a couru au-devant du danger afin de le faire cesser ou d'en prévenir les effets, doit

(1) Aubry et Rau, t. 4, p. 771.

(2) Traité de droit civil, II^e éd., T. 2, n^o 653, p. 455.

(3) Obligations, 3^e éd., T. 4, n^o 2.790, p. 449.

(4) Précis de droit civil, 6^e éd., T. II, n^o 2274, p. 741.

(5) Thuilleaux et Roulin c. veuve Villain (D. P. 1863-2-154). Dans le même sens, jugement du tribunal de Cambrai confirmé par la Cour d'appel de

aussi bien être protégé par les articles dont s'agit (1382-1385) que celui qui a fui pour l'éviter, lorsque tous deux cependant en ont éprouvé un dommage. Attendu, dès lors, que cette considération de fait, que si Villain n'eût pas couru après son cheval emporté pour le maîtriser, il n'eût pas été victime de son élan généreux ou de son dévouement n'est d'aucun poids dans la cause, etc... Pour ces considérations on a accordé des dommages-intérêts aux parents de Villain, victime de son élan. » Il faut ajouter qu'on a accordé les dommages-intérêts malgré un arrêt qui avait acquitté les propriétaires du cheval au point de vue criminel, parce que, dit l'arrêt de la cour d'appel de Metz : « L'arrêt correctionnel s'est borné à constater qu'entre les fautes de T. et R. et l'événement de la mort de V., il n'y avait pas une relation directe et nécessaire de cause à effet au point de vue criminel ; mais cet arrêt a jugé en même temps que les fautes dont s'agit avaient été la cause médiate ou l'occasion de cette mort. »

Autre exemple : Un cheval attaché à un omnibus, se met — en pleine rue — à se cabrer et à ruer ; sa jambe droite se trouve prise sous le timon, il faut le dégager ; le personnel de l'omnibus ne parvenant pas à le maîtriser, un passant s'approche et aide à maintenir la bête. Ce passant reçoit un coup de pied qui le blesse grièvement et il meurt quelques instants après. Le père de la victime a assigné la compagnie des omnibus devant le tribunal de commerce de la Seine qui a rendu un jugement (1) accordant des dommages-intérêts au père de la victime pour le préjudice qu'il a éprouvé. La

(1) Jug. du 14 juin 1894. *Gribat c. Compagnie des omnibus* (S.-1897-2-211). Arrêt du 17 novembre 1894 S. 1897-2-211). Voir encore Tribunal de Chambéry 15 janvier 1886 (S. 1886-2-117). Le tribunal de Paris, jug. du 10 Mars 1892 (S. 1892-2-255), a accordé des dommages-intérêts à la famille d'un cultivateur qui avait essayé de prévenir un malheur en se plaçant devant un boeuf échappé et en agitant les bras ; il en était résulté pour lui des blessures qui avaient causé sa mort.

cour d'appel de Paris (4^e chambre) confirme le premier arrêt, réfutant ainsi l'argument de la compagnie qui prétendait que G. a commis une imprudence en se mêlant à une affaire qui ne le regardait pas. « Considérant — dit l'arrêt de la cour — que G. voulant attacher la plate-longé, a reçu un coup de pied du cheval au moment où celui-ci était tenu par une jambe, et semblait ainsi dans l'impossibilité de ruer ; que dans cette situation, il ne pouvait prévoir qu'il serait atteint, et qu'on ne saurait lui faire grief d'avoir, dans l'intérêt du public, et de la compagnie elle-même, prêté un concours qui n'était pas sans utilité. »

On le voit, pour accorder des dommages-intérêts, les tribunaux et les cours d'appels tiennent compte : *a*) de l'intention de la partie qui a pris l'initiative ; *b*) du fait que la partie ne pouvait pas prévoir ce qui se passerait après son initiative ; *c*) de l'utilité de l'acte.

Dans un autre arrêt, la cour d'appel de Paris (1) ne tient pas compte de l'argument qui est l'imprudence de la victime et parle « d'un effort spontané qui a pu être mal calculé sans pouvoir être taxé d'imprudence surtout dans un cas où l'adresse pouvait suppléer à la vigueur ».

Le tribunal de Chambéry par un jugement du 15 janvier 1886 (2) a accordé des dommages-intérêts aux parents d'une personne qui avait été mordue en essayant d'arrêter un chien enragé. La personne s'était jetée au-devant du chien sur l'invitation de celui qui venait de le laisser échapper.

La jurisprudence tient toujours compte du fait que l'initiative prise était louable en elle-même. On fait d'abord intervenir des idées d'équité.

Arrêt du 20 février 1896. Comp. gén. de voit. c. Cattivards, 1897-2-107.
(2) S. 86-2-117, p. 86-1-587.

Les arrêts parlent d'un « effort spontané » etc...; on écarte la présomption de faute de la part de la victime, parce que le geste mérite en soi la louange et l'estime. Seul le tribunal de Laon, dans un jugement du 7 mars 1894 (1) trouve que celui qui, sous la seule impulsion de son courage et de sa bonne volonté, se met en devoir de séparer deux chevaux furieux, commet une imprudence en intervenant sans que personne ait sollicité son intervention. Mais cette décision qui reproche à quelqu'un sa bonne volonté et son esprit d'initiative est, à notre connaissance, isolée.

Au commencement du xx^e siècle, les arrêts contiennent une nouvelle interprétation pour accorder des dommages-intérêts à quelqu'un qui intervient en cas de danger et met ainsi sa vie en péril.

Le tribunal de commerce, de la Seine, par un jugement du 3 janvier 1900 (2) a jugé que la personne qui arrête un cheval momentanément laissé seul sur la voie publique par son conducteur doit être considéré comme le « negotiorum gestor » du conducteur. La personne qui est intervenue au moment où le cheval s'est emballé, menaçant d'occasionner de graves accidents, avait été blessée.

Cette idée de quasi-contrat a été maintenue par la jurisprudence. C'est ainsi que le tribunal civil de la Seine (3) ayant eu à juger le cas suivant : Un cheval conduit par F. est tombé ; F. fait appel à L. pour qu'il lui donne un coup de main, afin d'arriver à relever et à remettre en route le cheval. L. répond à l'appel ; mais est blessé au moment où

(1) Sous Amiens. D. 95-2-359.

(2) S. 1902-2-17.

(3) Journal « Le Droit » du 25 Mai 1913. Dans un jug. du 24 Novembre 1909, le tribunal de Nice déclare que le fait de la part d'un passant de se jeter à la tête d'un cheval, constitue non pas une imprudence, mais l'exécution d'un acte des plus louables. D. P. 1910-3-22.

il veut rendre service à F. La cour, disions-nous, ayant eu à juger ce cas, a décidé que : « Attendu que ce n'était pas spontanément mais pour répondre à l'appel qui lui était fait par le charretier et pour rendre à ce dernier un service qui lui était gratuitement demandé qu'il a prêté son concours en cette circonstance ; qu'il est devenu en quelque sorte le « negotiorum gestor » du conducteur qui lui avait donné mandat de l'aider à sortir d'une situation difficile ; attendu qu'aucune imprudence ne peut lui être imputée et qu'il doit être indemnisé du préjudice qui lui a été causé par celui qui aurait pu profiter de l'acte qu'il accomplissait, etc., etc... » Pour ces motifs, le patron de F. a été condamné à des dommages-intérêts envers L.

84. Mais il y a aussi des cas où la jurisprudence n'a pas reconnu comme fondée la plainte de la victime. Un incendie éclate, un passant intervient spontanément pour l'éteindre ; il est victime de son dévouement. Il réclame une indemnité au propriétaire de la maison où l'incendie a éclaté. Le juge de paix de Marly a refusé de lui accorder cette indemnité (1). Parmi les motifs donnés par le juge figurait aussi cette considération que c'était l'affaire de l'autorité publique et du propriétaire d'éteindre l'incendie ; le passant n'avait pas à intervenir.

M. Ripert (2) écrit à l'égard de cet arrêt : « On ne peut à mon avis qu'approuver. Le dommage était dû pour le tout et exclusivement à l'initiative de la victime. Il y avait faute de la victime, au sens juridique du mot. »

(1) Journal des justices de paix, février 1910-73.

(2) Revue critique de jurisprudence 1911, p. 132.

Commentant un autre arrêt (1) où on trouve accordée une indemnité à un tiers qui a été blessé en cherchant à maîtriser un cheval emporté, M. Ripert écrit (2) : « Il est juridiquement très difficile d'expliquer cette solution. La victime ne peut se prétendre « gérant d'affaires », car il faudrait alors démontrer que sa gestion a été utile, et son acte courageux peut être insuffisant ou inutile. La jurisprudence invoque en général les articles 1382 et 1384. Mais l'accident n'a-t-il pas été causé par suite de l'initiative exclusive de la victime, qui s'est portée au-devant du danger ? »

Après avoir fait ces réserves qui s'expliquent par un souci juridique très justifié, le distingué juriste pose un problème beaucoup plus vaste. » Mais — écrit M. Ripert (3) — *ne pourrait-on pas dire dans tous les autres cas qu'il y a un devoir social de se porter au secours des personnes en danger ?*

« Tout le monde ne le remplit pas et n'est pas à même de le remplir. Mais tout au moins est-il juste de ne pas considérer comme acte d'initiative spontanée l'acte commandé par ce devoir social. » C'est là qu'il faut voir l'opinion de celui qui a recherché avec passion la règle morale dans les articles austères du code civil.

On admet, généralement, qu'une personne qui en a aidé une autre en cas de danger ou de besoin immédiat peut avoir trois actions à exercer : d'abord une action en dommages-intérêts, tantôt une action contractuelle si la personne blessée est intervenue sur l'invitation directe du maître, qui a pris ainsi implicitement à sa charge tous les risques ; tan-

(1) S. 1908-2-44.

(2) Revue critique, 1902, p. 133.

(3) Rev. cit., loc. cit.

tôt une action quasi-contractuelle de gestion d'affaires si la personne qui est intervenue l'a fait avec la pensée de rendre un service à autrui, sans rien demander ; enfin, du moment que la chose ou l'animal étaient laissés sans surveillance, on assignera le propriétaire en vertu de l'article 1385 qui, dans la conception courante s'applique toujours, à charge pour le propriétaire de faire la preuve d'un cas de force majeure ou d'une faute de la victime. Nous avons vu que les tribunaux admettent généralement que le fait d'intervenir ne constitue pas en lui-même une imprudence qui rend la victime responsable pour son initiative.

En tout cas, ce qui se dégage comme impression générale c'est que la jurisprudence n'est pas restée étrangère au cas où quelqu'un, par simple devoir, sans y être tenu légalement, est tout de même intervenu. Il est remarquable que le principe le plus solidariste du code civil français — celui de la gestion d'affaires — a trouvé son application à l'occasion d'une manifestation de caractère solidariste. Les nécessités juridiques ont demandé une application technique d'un principe qui a sa source dans une pensée solidariste : voilà une coïncidence qui mérite d'être soulignée.

Les polices individuelles d'assurance contre les accidents ont pour objet la réparation du préjudice pécuniaire, causé à l'assuré par les accidents corporels de toute nature qu'il peut éprouver, soit dans l'exercice de sa profession, soit en dehors de ses occupations professionnelles.

Les compagnies excluent généralement de leur garantie les actes notoirement périlleux que ne justifient aucune nécessité professionnelle.

Cependant, beaucoup d'entre elles insèrent dans leurs polices une clause analogue à la suivante : « Ne sont pas ex-

clus, les accidents survenus au cours de tentatives de sauvetage de personnes ou de biens. »

Une fois que le principe solidariste aura pénétré dans le droit, une pareille clause devra être imposée dans toutes les polices d'assurances. Il ne faut pas placer sur le même terrain les actes qu'un homme commet par pur caprice en s'exposant sans motif sérieux au danger, avec les actes de courage qu'une personne accomplit en cherchant à sauvegarder une personne en péril ou à protéger ses biens. Il y a là un geste d'utilité générale qui ne doit pas être traité avec indifférence.

Le champ du travail est lui aussi divisé, en ce qu'on appelle pour une personne, sa sphère d'activité.

Il a été jugé que ne doit pas être considéré comme victime d'un accident du travail l'ouvrier qui, alors qu'il travaillait sur son chantier, répondant à l'appel d'ouvriers travaillant sur un chantier voisin, s'y est rendu, interrompant son travail sans autorisation de son patron et y a été blessé pendant qu'il aidait ces ouvriers dans leur besogne (1).

Il y a dans cet arrêt un point de vue trop individualiste. Supposons un ouvrier maçon qui travaille à une maison ; un autre ouvrier, celui-ci charpentier, travaille à côté. Le premier a besoin du second pour déplacer une pierre énorme. Le second répond à l'appel du premier et pendant ce travail, un accident lui arrive. Doit-on dire que l'ouvrier qui est allé aider son camarade s'est mis en dehors du champ de travail ?

Pour marquer le point de vue individualiste, qui est à la base d'une pareille décision de la jurisprudence, on peut citer l'arrêt de la Cour de Cassation qui a refusé le bénéfice de

(1) Cass. Civ. 16 Novembre 1927. Dalloz, Hebd. n° 30, 19 janv. 1928.

la loi du 9 avril 1898 à un cocher blessé en arrêtant un cheval emporté (1). Cet arrêt contredit les autres décisions où on trouve généralement que celui qui est intervenu dans un cas pareil, a accompli un acte louable.

(1) Ch. civ. 17 Février 1920. Millet c. Glaciende.

CHAPITRE IV

L'ASSISTANCE POSITIVE DANS QUELQUES LEGISLATIONS.

85. Une nouvelle voie dans la Jurisprudence Américaine. — 86. L'abs-tention : acte contre les bonnes mœurs dans la Jurisprudence allemande. — 87. L'article 2368 du C. Civ Portugais et autres applications positives de l'idée d'assistance.

85. M. Fromageot écrit que la question « est douteuse » de savoir si on est responsable, lorsque le devoir qui a été omis était prescrit par la morale.

« En raison, il semble qu'on puisse en admettre le principe ; mais la pratique exigerait alors que la plus grande prudence en tempérât les effets, et qu'un large pouvoir d'appréciation fût accordé aux juges. » (1).

La Jurisprudence américaine paraît entrer dans cette voie, en déclarant en faute et responsable celui qui n'a pas secouru son semblable, alors qu'il le pouvait sans grand danger (2).

Voici, dans un cas où un individu s'est comporté lâchement, comment a été motivé un arrêt, prononcé par un tribunal américain : « La où la vie d'une créature humaine est dans un danger extrême, la loi ne permet pas la lâcheté ou l'inaction absolue. Elle ne permet pas non plus, dans une

(1) « La faute comme source de la responsabilité ». Paris, 1891, p. 82.

(2) Cf. Fromageot, op. cit, loc. cit.

semblable hypothèse, que le plaignant agisse avec une entière possession de lui-même ; il ne doit pas non plus choisir la voie la plus sage et la plus prudente à l'égard de sa vie, du moment qu'il pouvait faire quelque chose d'utile pour un autre. Il doit certainement prendre quelque risque pour lui » (1).

86. D'ailleurs, dans le passé, le code prussien contenait une disposition assez intéressante : « quiconque, sans s'exposer d'une manière grave, peut arracher un homme à des brigands ou à des assassins et ne le fait pas, encourt, si cet homme perd la vie, la peine de prison pendant quatorze jours. En outre son inhumanité et la peine à lui infligée doivent être publiées à sa confusion et pour l'exemple » (2).

En droit positif allemand la question se présente d'une façon telle que le juge, convaincu qu'une abstention est fautive, peut condamner celui qui s'est abstenu et n'a pas évité à autrui un dommage. On fait alors l'application d'un article général qui parle de la conduite d'un homme, contraire aux bonnes mœurs. C'est le paragraphe 826 B.G.B.

Il faut d'ailleurs dire que la portée du paragraphe ci-dessus reçoit une limitation, parce que ce texte exige comme condition générale d'application, la preuve d'une faute intentionnelle. Le juge doit avoir la conviction que la personne qui s'est abstenue l'a fait intentionnellement, c'est-à-dire en désirant que le danger produise ses effets. Or, comme nous l'avons montré, une pareille preuve est difficile à four-

(1) Lineham V. Sampson, 126 Massachusetts Rep., p. 506 (en 1879). Cf. Fromageot, *op cit.* p. 82.

(2) Landrecht, art. 782, 783. (T. XX, sect. II).

nir, parce que tout se réduit à un fait négatif qui ne laisse pas de traces.

Les auteurs ont même discuté sur la possibilité d'appliquer cet article dans le cas d'« omission (1). Voici d'abord l'article 826 : « Quiconque intentionnellement cause un dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs est obligé envers cet autre à la réparation du dommage ».

Il s'agit dans cet article non pas de la violation d'un droit positif ou d'une loi positive. Pour ces cas il y a l'article 823. Il s'agit dans l'article 826 de ce qu'on appelle le fait déloyal : en d'autres termes le délit réalisé par des procédés susceptibles de choquer les mœurs. Le code civil allemand considère la déloyauté par rapport à l'individu, c'est-à-dire qu'il envisage les conditions subjectives sous l'influence desquelles un individu a agi. L'abstention entre dans ce qu'on appelle faute d'intention ; or, c'est justement de ces délits spéciaux que s'occupe l'article précédent.

On pose comme condition à l'application de l'article 826 la circonstance : « qu'il faudra que la prévision ait porté sur l'éventualité de la réalisation d'un dommage » (2). Or quelqu'un qui se trouve en présence d'un danger et qui désire que le fait dommageable produise ses effets contrevient aux bonnes mœurs.

Seulement surgit cette difficulté que nous envisagions plus haut : comment faire la preuve que quelqu'un désirait les effets du danger ? En tout cas il y a déjà un progrès, parce que comme nous l'avons montré, les pénalistes fran-

(1) Voir : Stambler « Die Lehre von dem Richtigen Recht », 1902, p. 489 Liszt « Deliktsoobligationen », 72.

(2) Code civil allemand, traduit et annoté : T. III, p. 392.

çais n'admettent pas qu'il y ait délit même dans le cas où la preuve du désir malicieux est faite (1).

Quand la jurisprudence allemande parle de délit contre les « bonnes mœurs » elle fait intervenir cette idée qu'un homme qui s'abstient dans le désir de nuire commet une faute.

Le problème général de l'abstention est considéré sous une seule de ses faces.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin, et dire que toute abstention d'un individu doit être jugée contraire au principe des bonnes mœurs, parce que le fait même d'attendre une conséquence malheureuse d'un danger constitue en lui-même une abstention fautive.

87. Une application positive du principe que nous soutenons, se trouve dans le code portugais. Dans la quatrième partie du code portugais, on trouve sous ce titre : « La violation des droits et sa réparation », le principe de la responsabilité civile « jointe à la responsabilité pénale ».

On trouve d'abord l'article 2367 qui est conçu en ces termes : « Quiconque a été attaqué par un tiers avec violence, de telle sorte que ses droits puissent être lésés ; qu'il soit privé de la jouissance de ses droits acquis ou troublé en quelque façon dans cette jouissance, est autorisé à repousser la force par la force, pourvu qu'il ne dépasse pas les limites d'une légitime défense. »

Jusqu'ici rien d'extraordinaire. Mais voici l'article 2368 : « *Quiconque est présent à des agressions de cette nature, est tenu de porter secours à la personne attaquée sans dépasser les limites de la légitime défense ; et quiconque ne devant*

(1) Voir Garraud, Garçon, Vidal, etc., que nous avons cités.

courir aucun risque s'abstient de s'opposer à ces violences, sera passible de dommages-intérêts ».

L'article 2369 précise que c'est aux tribunaux qu'il appartient d'examiner et de déclarer si la personne attaquée ou ses défenseurs ont excédé ou non les limites de la légitime défense. Si on lit l'article 2370 on trouve qu'il y a pour les personnes qui assistent à un danger — ou comme les appelle le code portugais — « les défenseurs », l'obligation de recourir à la force publique, pour éviter le danger présent ou éviter le danger qui menace.

M. José Dias Ferreira (1) écrit que l'article 2368 impose l'obligation de porter secours, à ceux qui sont attaqués, à tous ceux qui seront témoins de l'agression.

Ceux qui ont à leur charge de veiller à la sûreté publique, même s'ils n'ont pas été présents à l'agression, du moment qu'ils ont su que les attentats étaient projetés ou étaient en voie d'exécution, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pour prévenir ou réprimer ces attentats, sont solidairement responsables des dommages causés par ce délit.

On voit que le code civil portugais crée l'assistance légale, obligeant une personne à s'opposer aux violences qui sont dirigées contre une autre personne. Voilà donc le principe de l'assistance, introduit dans le droit positif, pour les gens qui sont sur la terre, et non plus pour ceux qui se trouvent en pleine mer ; personne ne proteste ; on tient le principe comme acquis pour tout le monde. Peut-on dire que le code civil portugais perd de son autorité scientifique ou juridique, parce qu'il contient l'article ci-dessus ?

Celui qui assiste aux violences dirigées contre un autre, doit intervenir malgré qu'il ne soit pas la « cause maté-

(1) Código civil Português, sous l'article 2368.

rielle » de ces violences. On ne redoute pas non plus ce fait qu'il est difficile de désigner d'avance le débiteur de l'obligation d'assistance. Il a été désigné par les événements : c'est la personne présente à des agressions, commises avec violence contre un individu, qui se voit lésé dans ses droits, dans son existence. A la personne qui assiste, on permet d'agir de la même façon que la personne menacée, c'est-à-dire de repousser la force par la force, pourvu qu'elle ne dépasse pas les limites de la légitime défense. Et si elle ne le fait pas, elle est passible de dommages-intérêts.

Il faut reconnaître que l'obligation pour une personne à agir en faveur d'une autre est dans le code portugais assez difficile pour la personne assistante. Nous sommes moins exigeant : nous demandons un article de loi dans les seuls cas où la personne qui assiste peut faire quelque chose, sans aucun danger pour elle-même.

Les textes de l'article 826 du code allemand et l'article 2368 du code portugais, montrent, en tout cas, que l'idée d'une assistance obligatoire n'est pas quelque chose d'aussi absurde qu'on puisse le croire au premier abord. La conception juridique qui n'admet pas l'obligation d'assistance est due plutôt à une sorte de routine qu'à des raisons juridiques.

L'article 191 du code pénal autrichien punit celui qui omet, par malice, d'empêcher un délit, alors qu'il pouvait le faire facilement sans s'exposer à un danger.

Le code civil prussien contenait la disposition suivante : « Celui qui souffre sciemment ce qu'il pouvait et devait empêcher, en répond comme s'il l'avait ordonné (N° 59, t. 6).

Une autre législation positive où on trouve l'application de l'idée d'assistance est le code pénal italien. Le 2° alinéa de l'article 389 est conçu dans les termes suivants : « Sera puni d'une amende de 50 à 500 livres l'individu qui, ayant trouvé

soit une personne blessée ou dans une situation périlleuse, soit une personne qui serait ou semblerait inanimée, aura omis, sans que cela l'expose lui-même à un préjudice ou à un danger, de venir au secours de cette personne ou de porter immédiatement le cas à la connaissance de l'autorité ou de ses agents ».

On estime que ce texte admet l'existence d'une réparation au point de vue civil. Toute personne qui, se trouvant dans les conditions ci-dessus, a subi des dommages-intérêts pourra les réclamer à celui qui était tenu d'intervenir (1).

Le code pénal hollandais, mis en vigueur en 1881, contient dans son article 450 la disposition suivante : « Celui qui, étant témoin du danger de mort immédiat dont une autre personne est menacée, néglige de lui donner ou de lui procurer l'assistance qu'il peut lui donner ou procurer sans avoir raisonnablement à craindre un danger pour sa personne ou pour autrui, est puni, si la mort de la personne en détresse a suivi, d'une détention de trois mois au plus et d'une amende de trois cent florins au plus ».

Si on examine l'article ci-dessus on trouve deux conditions nécessaires pour son application : a) il faut un danger de mort ; b) il faut que le refus d'assistance ait été suivi de décès. C'est donc dans des circonstances assez graves que le législateur hollandais a créé le devoir d'assistance.

En France on a créé, par la loi du 17 juillet 1918, *le délit de fuite*. Il n'y a pas une obligation précise d'assistance. En Belgique l'article 11, § 6, de l'arrêté royal du 26 août 1925

(1) Voir en ce sens Campion : « La notion d'assistance en droit privé », p. 32.

prévoit la disposition suivante : « Le conducteur d'un véhicule qui a causé ou occasionné un accident est tenu de s'arrêter pour permettre toutes constatations utiles et au besoin pour secourir les victimes de l'accident ».

On précise (1) que par le mot « occasionné » il faut comprendre non seulement tous dommages causés par le conducteur grâce à une faute, mais on doit encore comprendre tout accident causé à n'importe quelle occasion.

L'article 27 du projet de loi fédérale suisse sur la circulation prévoit pour tout auteur d'un dommage l'obligation « d'offrir son assistance et appeler au secours s'il y a lieu » (2).

Une disposition très claire où on trouve l'idée d'assistance est le § 387 du code pénal norvégien : « Quiconque s'abstient de secourir selon son pouvoir une personne qui est en danger de mort évident et pressant ; de prévenir selon son pouvoir, en faisant à temps la déclaration à l'autorité compétente ou d'une autre façon, un incendie, une inondation, une explosion ou un autre malheur dangereux pour la vie humaine, est puni d'amende ou de 3 mois de réclusion au plus si de son inaction il est résulté une mort d'homme.

« Cependant n'est puni d'aucune peine celui qui n'aurait pu intervenir sans s'exposer à un réel danger ou à un préjudice considérable ».

Le § 388 prévoit une peine de 3 mois de réclusion pour les parents, maîtres ou autres personnes « qui s'abstiennent de procurer à une femme appartenant à leur maison les secours nécessaires par suite de sa grossesse ou de son accou-

(1) Voir *Campion*, op. cit. p. 53.

(2) *Lyussen et Golstein, Code de la route*, p. 40.

chement ; si cela a pour conséquence de faire tomber la femme dans un état de besoin ou d'abandon qui la pousse à commettre un crime de nature à mettre en danger la vie de l'enfant ou du fœtus ».

Et le paragraphe suivant édicte la même peine pour les mêmes personnes qui sachant ou ayant la presque certitude qu'une personne de leur maison cache sa grossesse ne la questionnent pas à ce sujet et laissent par leur faute commettre un crime.

Nous ne nous occupons pas de l'assistance familiale telle qu'elle est conçue dans les diverses législations.

Nous n'insistons pas non plus sur la façon d'interpréter les obligations alimentaires entre les parents. Rappelons seulement qu'il y a, dans la jurisprudence, une tendance d'élargir le cercle des personnes obligées à s'assister réciproquement.

Nous n'insistons pas non plus sur la façon d'interpréter montrent comment est conçue l'assistance familiale dans ces pays.

Dans le chapitre XXII, du code pénal norvégien intitulé « crimes contre la vie, le corps et la santé » on trouve dans le § 242 la disposition suivante : « Est puni de 4 ans de réclusion, quiconque sans motif légitime met dans le dénûment et le besoin une autre personne ou y contribue.

Il en sera de même de celui qui, sans motif légitime, abandonnera dans le dénûment et le besoin une personne mise sous sa garde, ou qu'il a le devoir d'accompagner, de transporter, de recevoir, ou de soigner de quelque façon que ce soit, ou qui permettra qu'une telle personne reste dans le dénûment et le besoin ainsi que de celui qui par subordination ou incitation contribuera à de tels actes. La même condamnation sera applicable à ceux qui laisseront une personne

dans cet état d'abandon ou contribueront à ce qu'on l'y laisse, par leurs incitations ou leurs conseils ».

Le § 27 de la loi norvégienne (supplément au code pénal) prévoit : « quiconque, malgré un avertissement préalable, néglige méchamment de pourvoir à l'entretien de sa famille, de telle sorte qu'elle tombe dans la misère, de ses enfants âgés de moins de 15 ans, ou ne verse point la somme nécessaire pour subvenir aux besoins de son époux ou de son enfant légitime, ou d'un enfant légitime né hors du mariage n'ayant pas plus de 15 ans, est puni de réclusion s'il ne doit pas être condamné en vertu de dispositions plus rigoureuses ».

Une disposition assez curieuse existe dans le § 240 du code norvégien : « Quiconque, sans motif plausible, refuse d'épouser une femme de plus de 21 ans qui à la suite de promesse ou de fiançailles publiques est devenue enceinte de ses œuvres, est puni de quatre mois de réclusion au plus ». La même peine est applicable quand l'auteur de la grossesse a provoqué lui-même un empêchement au mariage.

Si un an s'est écoulé après l'accouchement, sans que le mariage soit conclu, ce retard est toujours considéré comme un refus.

Les poursuites publiques n'ont lieu que sur la demande de la partie lésée ».

L'art. 249 du code norvégien établit une peine de 2 ans pour celui qui expose à la misère un membre de sa famille en se soustrayant aux devoirs d'entretien qui lui incombent.

Une disposition semblable existe dans le code pénal japonais pour punir le défaut d'assistance (art. 279).

C'est encore en Norvège qu'on trouve un article dans « la loi sur la répugnance au travail » dans lequel on condamne une personne capable de travailler si son oisiveté l'empêche

de subvenir aux besoins de sa famille, de telle façon qu'elle tombe dans la misère. Le chapitre premier de cette loi est intitulé : « répugnance au travail et mendicité ». La police peut envoyer un avertissement à toute personne qui s'adonne à l'oisiveté. On peut punir de réclusion toute personne qui « s'abstient de chercher du travail, ou ne fait pas celui que lui a indiqué l'assistance publique ».

L'idée d'assistance familiale trouve une autre application positive dans le § 240 du code pénal norvégien : « Est puni d'amende ou de deux ans de réclusion au plus l'homme qui se refuse volontairement à donner à une femme enceinte de ses œuvres, *sans qu'elle fût son épouse*, les secours nécessaires pour empêcher la misère ou le désespoir de lui faire commettre un crime pour détruire le fœtus, tuer l'enfant nouveau-né, ou mettre sa vie en danger ». Et le § immédiatement suivant : « Est puni de 3 ans de réclusion au plus celui qui, sachant qu'une femme enceinte de ses œuvres, *sans qu'elle fût son épouse*, a l'intention de commettre un crime contre le fœtus ou contre la vie de l'enfant, ou de nature à compromettre son existence, n'a point fait son possible pour empêcher ce crime. Si la mort de l'enfant a été le résultat du crime, la peine pourra être élevée jusqu'à 4 ans de réclusion ».

C'est dans le § 340 que le code norvégien édicte une peine de 3 mois contre celui qui après avoir trouvé un enfant disparu ou abandonné, ou après avoir recueilli chez lui un enfant égaré, néglige d'en donner avis, aussi vite que possible, soit aux personnes ayant des droits sur l'enfant, soit à la police.

Le § 411 du code norvégien établit une peine de 3 mois contre celui qui sans motif légitime refuse d'admettre dans

sa maison ou chasse une personne qu'il a prise à son service et l'expose par là à un danger ou à un embarras notable.

C'est encore dans le code pénal norvégien qu'on trouve l'article 172 qui punit l'abstention d'une personne dans les conditions suivantes : « Celui qui néglige de produire les preuves qui établissent qu'un inculpé ou un condamné est innocent, lorsqu'il peut le faire sans s'exposer ou exposer un des siens ou un innocent à une poursuite ou à un danger pour sa vie, sa situation ou celles de ces personnes, est puni ainsi que celui qui contribue à cette abstention, de l'amende ou d'un an, au plus de réclusion ».

Il faut remarquer que les codes nouveaux contiennent généralement des dispositions qui rendent l'assistance obligatoire entre les personnes.

C'est la meilleure preuve que si de pareilles dispositions ne se trouvent pas dans les codes anciens cela doit s'expliquer par l'idée que les rédacteurs de ces codes ont subi l'influence des conceptions individualistes.

CHAPITRE V

LA DOCTRINE FAVORABLE EN FRANCE A L'IDEE D'ASSISTANCE OBLIGATOIRE

88. Les discussions dans la Doctrine française. — 89. La conception de M. Ripert sur le devoir social. — 90. Les opinions de M. Demogue.

88. L'idée d'une assistance obligatoire a été émise en France par quelques théoriciens. Malgré le reproche qui les attend, quelques grands maîtres n'ont pas trouvé tout à fait illogique le principe d'obliger une personne à venir en aide à une autre, quand elle pourrait le faire sans danger pour sa vie.

Faisant la critique du principe appliqué par la jurisprudence en matière de faute qui consiste à prendre comme critérium de comparaison le type du « bon père de famille », M. Capitant dit dans son cours professé en 1926-27 (1) : « Ce criterium ne distingue pas la faute morale de la faute délictuelle. Celui qui assiste à une catastrophe sans porter secours aux victimes ne se conduit pas en « bon père de famille » et cependant son attitude n'engage pas sa responsabilité. Mais on peut répondre qu'il n'y a aucune relation directe entre l'acte et le dommage ».

(1) « Droit civil approfondi » (« Les cours de droit », page 135).

M. Capitant reconnaît donc qu'un « bon père de famille » doit faire quelque chose et que du moment qu'on parle de ce type, il faudrait être logique et reconnaître qu'il y a des devoirs auxquels on ne peut pas se dérober, encore qu'il s'agisse de devoirs moraux. Nous allons plus loin en disant que le cas visé par nous ne demande pas le type d'un « bon père de famille ». Il suffit d'être avant tout et tout simplement un homme au sens élevé de ce mot pour juger nécessaire d'agir, quand il y a possibilité de le faire.

89. M. Ripert (1) après avoir constaté que dans la loi sur la navigation aérienne du 31 Mai 1924 (art. 57), l'obligation d'assistance a été étendue aux aéronefs qui se trouveraient en mer, écrit: « le jour où il sera possible de concevoir l'assistance entre aéronefs en circulation, il est certain que l'on édictera une obligation réciproque d'assistance ».

Convaincu de la nécessité d'un pareil devoir d'assistance, M. Ripert en situe la réalisation au moment où il y aura possibilité de le faire. Le distingué professeur ne demande pas que toute obligation d'assistance soit transformée en un devoir légal. Il voit les motifs qui rendent difficile la sanction légale des devoirs de charité.

Une première difficulté consiste en ceci : déterminer la personne du créancier et l'objet de l'obligation. « *La caritas generis humani* » peut bien obliger en conscience une personne à secourir les pauvres et les malades, mais comme il est impossible de préciser envers quelles personnes existe ce devoir et par quel sacrifice on y satisfera, le devoir ne peut se transformer en obligation ».

(1) Op. cit., n° 152-148, Ripert

C'est donc bien établi : la difficulté existe. Personne ne peut la nier. Mais il y a des cas où la difficulté de déterminer la personne du créancier et l'objet d'une obligation n'intervient plus. C'est alors que M. Ripert se demande : « Pourquoi ne pas poser une règle générale d'assistance aux personnes en péril. C'est, a-t-on dit, parce qu'il est impossible de déterminer la personne du débiteur. *L'objection n'est pas décisive, car bien souvent le débiteur de l'obligation est déterminé par les circonstances.* Ainsi, en cas de rencontre d'automobiles, il aurait été facile d'imposer cette obligation, comme au cas de collision de navires. La loi du 17 Juillet 1918 s'est bornée à créer le délit de fuite (1). »

Quand on parle de transformer un devoir moral en une obligation positive de droit, on vous répond qu'on a affaire au néant (2).

Comment établir la personne de celui qu'on veut obliger ? M. Tesseire (3) ne rend-il pas coupable toute l'humanité, à un moment donné, pour le fait de ne pas s'être trouvée à l'endroit où on demandait l'intervention d'une seule personne, pour mieux démontrer combien une pareille obligation serait difficile à introduire dans le code ? On n'a pas affaire avec tout l'univers puisque la personne qui est le « débiteur » de l'obligation est déterminée par les circonstances. Comme nous le disons ailleurs, c'est qu'elle s'est trouvée là, peut-être par hasard, au cours des circonstances qui réclamaient son intervention. C'est dans une pareille situation que l'indifférence, la non-intervention, nous apparaît plus que fautive. C'est alors, et avec raison, que M. Ri-

(1) Op. cit. n° 152.

(2) Voir Grand : Conclusions.

(3) Op. cit., p. cit.

pert se demande : « La personne qui assiste impassible aux efforts désespérés que fait une autre personne pour se sauver, peut-elle prétendre que son abstention est légale ? Dans l'état actuel du droit, il paraît difficile d'admettre la responsabilité de celui qui s'abstient quand il n'a pas l'obligation légale d'agir ; *mais il serait dans ce cas bien difficile de transformer le devoir moral en obligation légale* » (1).

Un juriste de la valeur de M. Ripert reconnaît donc qu'il ne faut pas toujours maintenir la distinction entre le devoir moral et l'obligation civile.

Il suffit de sanctionner un devoir moral pour qu'il entre dans le domaine du droit. Là où on croit que la conscience seule peut mesurer l'étendue d'une obligation, un article de loi peut mieux la définir, et prouver qu'il n'y a rien de rigoureux dans cette séparation qu'on cherche à établir entre les deux domaines. La Morale comme le Droit sont faits pour les hommes. Pourquoi croire que le premier domaine n'est pas accessible à ceux qui se retranchent dans le second, et vice-versa ?

90. M. Demogue (2) estime que c'est par la théorie de la limitation des droits et par celle de la limitation du devoir légal qu'il est possible de sanctionner civilement certaines abstentions. L'auteur du « *Traité des obligations en général* » nous dit « que celui qui use de son droit d'abstention dans le dessein de nuire à autrui, ou sachant parfaitement qu'il va lui nuire, abuse de son droit » (3).

M. Demogue répond donc, dès le commencement, à une

(1) Op. cit., loc. cit.

(2) Op. cit., T. 3, n° 261, p. 439.

(3) Demogue, op. cit., loc. cit.

objection soulevée par les juristes : l'abstention est un droit. J'ai le droit de m'abstenir, parce que personne ne peut m'obliger à agir et surtout en faveur d'une autre personne. On répète donc que ce serait une atteinte à la liberté individuelle que d'obliger une personne à agir en faveur d'une autre. L'inertie est un droit acquis. Peut-on songer à le réduire ?

M. Planiol ne dit-il pas souvent que toute obligation légale est une obligation de s'abstenir ?

S'abstenir de toute violence, s'abstenir de toute fraude, s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force, etc..., partout l'obligation préexistante est une obligation d'abstention (1). Comment peut-on mieux concevoir une meilleure attitude que celle de s'abstenir, de ne rien faire ?

M. Demogue ne paraît pas être du même avis. Il estime « que la liberté est, comme tout autre droit, donnée pour qu'on en fasse un usage normal ». On fait donc intervenir l'idée d'abus de droit pour montrer qu'une abstention abusive constitue une faute (2).

Il faut alors admettre deux hypothèses, quand une abstention est fautive :

a) ou bien celui qui s'abstient, ne voulant rien faire, désirait le malheur de la victime ;

b) ou bien celui qui s'est abstenu n'avait aucun motif raisonnable pour rester ainsi, si, par exemple, même en intervenant, il ne courait aucun danger.

Analysons les deux possibilités : dans le premier cas donné, « l'auteur de l'abstention » (3) n'intervient pas parce

(1) MM. Planiol et Ripert, *op. cit.*, p. 294.

(2) C'est dans une autre section que nous tâchons d'expliquer la conception de l'abus de droit dans notre cas.

(3) Pour expliquer cette idée nous prions de voir l'analyse que nous faisons d'où il résulte que toute abstention — qui paraît être un fait négatif — est au fond un fait positif par rapport à la volonté, qui a commandé l'abstention.

qu'il a intérêt à ce que les faits dommageables s'accomplissent. Il pourrait par un geste éviter un malheur, mais il voit pour lui une occasion de se venger. Il laisse les choses suivre leur cours. Il espère tirer profit d'une occasion qui se présente, il n'est pas l'auteur du fait qui arrive ; il n'en est pas la cause. Il a assisté en spectateur. Il était un des divers facteurs qui constituaient « le milieu » du drame. Ce qui se passe dans son âme constitue l'élément même de sa culpabilité ; car il avait l'intention et le désir de nuire.

Cet état psychologique demande des recherches multiples. Il faut prouver que, dans le fait négatif, il y avait l'intention délictuelle, la mauvaise volonté. C'est dans ce cas que les pénalistes voient les éléments du délit de commission par omission. C'est dans un autre chapitre que nous montrons l'application faite par la jurisprudence allemande du paragraphe 883 dans des circonstances semblables. Une pareille attitude est alors jugée contraire aux bonnes mœurs. En France ce sont surtout les pénalistes qui ont envisagé le problème sous ce jour (1).

Dans le second cas envisagé par M. Demogue, il est question de « celui qui n'avait aucun motif raisonnable pour s'abstenir, vu qu'il ne courait aucun danger, par exemple » (2).

C'est ce cas qui nous intéresse en droit civil. La liberté de s'abstenir est aussi blâmable dans ce cas que dans l'autre, parce qu'il faut vraiment être un mauvais citoyen, d'une grande dureté d'âme, comme le dit Demolombe (3) pour ne

(1) Lerebours-Pigeonnière « Le délit de commission par omission », *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 716 ; Garraud, *Traité de droit pénal*, n° 99, 3^e éd. ; Garçon, *Code pénal annoté*, art. 290, n° 4, 311, n° 47 Liszt, *Droit pénal allemand*, § 30, trad. française.

(2) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(3) *Op. cit.*, *loc. cit.*

pas intervenir alors qu'il peut empêcher qu'un fait dommageable se produise. Le vieux principe romain « *quod tibi prodest et mihi non nocet facile concedendum* » est rappelé par Giorgi pour démontrer qu'il y a plusieurs obligations légales qui peuvent avoir leur source dans cet adage.

Du moment qu'une personne ne court pas de risque en empêchant qu'un accident se produise, pourquoi ne serait-elle pas obligée d'agir ?

La jurisprudence a toujours regardé la victime d'un délit avec faveur. Chaque fois qu'une personne se plaint d'avoir souffert un dommage, le juge cherche à lui accorder une réparation. Combien de fois ne fait-on pas intervenir l'idée d'un contrat existant ou celle d'un risque créé pour arriver à dédommager la victime d'un délit ? (1) Or, dans le cas qui nous occupe, on se trouve en présence « *d'une victime future* ». Le fait d'encourager toutes sortes d'abstentions nous conduit à ce résultat étrange de permettre l'abstention d'une personne dont l'attitude va permettre la nouvelle victime d'un délit qu'on pourrait éviter. Cette tendance est au moins illogique. Quand on cherche à établir la responsabilité par le moyen d'une construction systématique de divers contrats ou faisant appel au principe d'une « responsabilité objective », il faut aussi admettre qu'on doit obliger une personne à intervenir pour éviter que l'accident ait lieu.

Comme le dit M. Appleton : « La loi nous oblige à être habile, adroit, prudent, à prévoir les conséquences d'un

(1) Voir le cas où la Cour de Cassation déclare qu'il y a contrat entre un aubergiste et un voyageur par le simple fait de l'avoir aidé à s'asseoir sur un banc.

acte qui ne nous avait pas paru dangereux ; pourquoi ne nous obligerait-elle pas à un acte élémentaire, lorsque nous voyons notre prochain en grave danger et que cet acte ne nous coûte rien » (1).

(1) Appleton, op. cit., loc. cit.

CHAPITRE VI

LA LIBERTE CONTRAIRE A LA MORALE

91. Le droit est conçu aujourd'hui d'une façon relative. — 92. L'individu et ses droits dans le Code Civil français. — 93. La règle morale limitant la liberté individuelle. — 94. L'intention de nuire dans l'abstention. — 95. L'abstention contraire au commerce juridique.

91. On a depuis longtemps reconnu que le droit, tel qu'il est conçu par le législateur, ne se réalise pas abstraitement, qu'il est créé pour vivre dans le milieu social. On ne répète jamais assez qu'on ne doit pas sacrifier la vie des hommes aux principes juridiques pour faire de ces principes le but même de notre existence. Les règles de droit sont le moyen grâce auquel on peut maintenir la justice entre les hommes; mais il ne faut pas oublier que ces règles sont faites pour les hommes et que ceux-ci ne sont pas faits pour les règles.

Quand on dit qu'on ne peut pas obliger une personne à faire quelque chose en faveur d'une autre, parce que l'abstention est le dernier refuge de la dignité et de la liberté humaines, on oublie que ces arguments ne peuvent plus impressionner, au point où cela était possible, quand on concevait le caractère absolu d'un droit. Nous sommes loin des temps où l'on était imprégné d'un individualisme exagéré qui voulait l'homme isolé, étranger au milieu social, indif-

férent à tout ce qui était autour de lui. Le Code Civil français est la réaction contre l'ancien régime, où l'individu ne comptait pas, où ses droits n'existaient pas. Toute la littérature des grands philosophes, toutes les conceptions de ces écrivains qui, pendant le XVIII^e siècle, ont plaidé pour les droits de l'individu, n'ont fait que développer, dans une mesure excessive, l'orgueil de l'individu. Le Droit Civil est le fruit de ces conceptions. On a voulu l'homme libre, affranchi de toute dette envers la société, maître de son droit, de son existence et on a abouti à lui accorder tout ce qu'une réaction peut accorder dans un mouvement de défense : des facultés qui dépassent bien souvent les limites nécessaires. On a exagéré le droit de propriété, le droit de contracter, les droits familiaux, pour leur donner un caractère absolu. Mais, à côté de ces droits, on a fait croire à l'individu que sa personnalité est quelque chose d'intangible, qu'il ne doit rien à personne, et qu'avant toutes les autres prérogatives, il a la prérogative absolue de sa propre personne. Parmi les trois grands mots qui représentaient l'idéal de la Révolution française, celui de « liberté » a pénétré d'une façon excessive dans le droit. On a reconnu à l'individu « des droits préexistants, des prérogatives innées, supérieures aux lois et aux conventions humaines : ce sont les droits de l'homme de la fameuse déclaration de 1789, « droits naturels, inaliénables et sacrés, droits naturels et imprescriptibles, droits inviolables qui s'imposent aux pouvoirs publics, sans en excepter le législatif et le constituant lui-même » (1).

Il y a assurément quelque chose de respectable dans la

(1) Jossierand « De l'esprit de droit », p. 5 et 6.

conception ci-dessus qui donne à l'homme toutes les libertés du monde ; mais on arrive, avec une pareille conception, à réaliser un individu qui se considère comme étranger au milieu social ; un individu éloigné de l'idéal de justice qui anime la société : « un individu qui gémit sur la vanité des lois dans les mœurs », mais qui ne sent pas « la nécessité de la règle morale que la loi ne fait pas respecter » (1). On a satisfait, dans l'homme, son grand orgueil en laissant à sa propre appréciation les devoirs envers les autres hommes. Quand un grand maître nous dit que « c'est une conception étroite que de limiter la sanction juridique à la seule observation des devoirs de justice et de laisser en dehors de l'organisation politique la détermination des devoirs d'assistance » (2), il est obligé de reconnaître qu'une pareille conception n'a jamais existé chez le législateur de 1804. Quand M. Ripert (3) nous dit que le droit « coupé de sa racine ne peut pas vivre par la seule force de sa technique » et qu'il « ne peut se développer qu'à par une montée continue de la sève morale », nous nous demandons si vraiment les adeptes de la technique du droit veulent reconnaître l'impossibilité pour le droit de vivre indépendamment de la règle morale et si, au contraire, le juriste ne cherche pas à imprimer aux lois civiles le caractère trop positiviste qui fait de la science du droit une science vraiment positive avec ses lois propres. Ce qui est en tout cas une chose démontrée pour nous, c'est, comme nous l'avons dit plus haut, qu'on trouve dans le code civil l'exagération du concept individualiste, cette tendance à faire de l'homme un être tellement libre

(1) Ripert, op. cit., p. 8.

(2) Ripert, op. cit., p. 10.

(3) Op. cit. p. 11.

qu'il devient : anti-social, exigeant, isolé dans la société, oubliant à chaque instant « que chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, *civiliter* » (1).

92. C'est assez souvent qu'on reproche à la législation napoléonienne d'être trop individualiste. « Chacun pour soi » : voilà ce qui se dégage de chaque article du code. Même pour le principe d'assistance maritime qui avait, par excellence, un caractère traditionnaliste, il a suffi qu'on ait constaté sa pénétration par l'idée de solidarité pour l'en éloigner définitivement. C'est ailleurs que nous montrons combien est vieille l'assistance maritime. C'était une prescription acceptée depuis plusieurs siècles. Or « l'individualisme de la législation napoléonienne — nous dit M. Ripert — a laissé tomber la prescription et il a fallu longtemps pour la reprendre » (2).

Après avoir reconnu qu'il faut obliger une personne à avertir une future victime d'un danger dont elle est menacée, M. Demogue nous dit : « Le contraire ne nous semble admis que par une sorte de routine. Une obligation d'agir apparaîtra de plus en plus pour chacun à mesure qu'à l'idée individualiste de liberté se substituera celle d'un poste social, tenu par chacun avec une certaine indépendance. Cette substitution paraît devoir d'abord amener la chute de l'idée d'irresponsabilité dans le cas d'abstention le plus grave, l'abstention par désir de nuire. Sans doute, pareille idée est plutôt étrangère au législateur de 1804, mais le droit civil doit

(1) Jossierand, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) *Op. cit.* n° 152.

suivre l'évolution des idées sur les points non réglés par les textes » (1). Au fond, de quoi s'agit-il ? De ceci : l'homme prétend avoir un droit absolu, sacré et immuable, celui de s'abstenir. Considérée, à l'origine, comme une obligation, l'abstention s'est transformée petit à petit en une prérogative, dont on peut abuser, parce que l'homme revendique en dernière analyse, une seule chose : ne rien faire. Or, nous avons à nous demander si vraiment le droit d'abstention est aussi absolu qu'il peut le paraître, au premier abord, et si, au contraire, la société — d'où il tire toutes les prérogatives — ne peut pas demander à l'homme l'utilisation de son droit dans un but supérieur à celui que conçoivent ses calculs égoïstes (2).

93. Tout d'abord nous disons que la responsabilité civile repose entièrement sur le concept moral de ne nuire à personne. Quand nous nous sommes occupés de la responsabilité pour inaction, nous avons démontré que la règle juridique de diligence imposée à tout le monde est le résultat de cette autre règle — celle-ci morale — de ne pas nuire. « *Neminem laedere* » est une obligation morale qui demande pour sa réalisation pratique, au cours des actions humaines, une autre obligation d'un caractère positif : celle d'être diligent. Pour ne nuire à personne par l'activité qu'on dépense dans la vie, la loi impose une règle générale de conduite : respecter le droit d'autrui et être diligent. Il y a donc toujours une obligation légale, positive, accompagnant toute activité, imposée par cette nécessité de ne pas nuire à autrui.

(1) Op. cit., T. III, p. 440.

(2) Voir Duguit : « Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon.

Quand on a fait intervenir la théorie de « l'abus de droit » cette théorie était en quelque sorte la réalisation du précepte moral qui commande à une personne : « même en exerçant ton droit, cherche à te comporter de telle manière que tu ne nuises à personne ». Au fond, c'est une obligation pour tout individu d'agir conformément à la morale. La conception de « l'abus de droit » repose sur un caractère à la fois subjectif et objectif de la morale. Et d'abord il faut prendre en considération l'intention qui anime l'auteur d'un acte, au moment où il exerce un droit. Quand on dit d'un acte qu'il est anti-social, c'est par rapport à l'intention qui préside à cet acte qu'on classe les actes en général pour leur donner une valeur sociale. « C'est donc que les actes sociaux doivent, même au point de vue juridique, être classés d'après leur valeur morale » (1), nous dit M. Ripert. Nous voilà donc arrivés à cette idée que « l'abus de droit constitue un cas de conflit entre le droit et la morale, ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral » (2).

Il faut donc reconnaître que l'intention est à la base de toute recherche, quand on exerce un droit. C'est d'ailleurs cette considération — que l'intention avec laquelle on exerce un droit a une importance très grande — qui constitue pour certains juristes la véritable préoccupation. M. Planiol, même s'il était disposé à admettre « l'abus de droit », craint le pouvoir du juge qui « est obligé de scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs ; le côté psychologique

(1) Op. cit., p. 161.

(2) Savatier (René) : « Des effets de la sanction du devoir moral », Paris 1916, p. 23.

devient dominant. Il est à craindre que la législation civile n'entreprenne là une œuvre au-dessus de ses forces » (1).

94. On dit encore que, mise à part l'intention de nuire, il peut y avoir abus de droit quand celui qui l'exerce a un intérêt qui n'est pas admis par les principes du commerce juridique. Ces principes, d'après M. Hauriou, sont ce qui dépasse notre instinct de justice, qui trouve trop étroit la justice créée par la loi positive. M. Hauriou écrit : « La loi positive ne suffit pas à notre instinct de justice ; il se crée en avant d'elle un certain idéal, un certain droit naturel, une certaine conception de l'équité et de la bonne conduite qui nous interdit certaines façon d'agir. « Cet idéal n'est pas individuel. Il est au contraire collectif. C'est la conception du commerce juridique, tel qu'il doit être » (2).

On est donc en contradiction avec le commerce juridique, quand on est en opposition avec l'idéal collectif. Or, cet idéal collectif — correspondant à un instinct de justice qui ne saurait s'accomoder des limites trop étroites des textes de loi — est l'équité qui a pénétré dans les mœurs. Ce droit naturel, dont parle M. Hauriou, ne fait que briser les limites trop étroites d'un droit positif étriqué, égoïste, pour l'approcher de la morale, c'est-à-dire de quelque chose qui dépend de l'approbation d'une conscience publique collective, celle-ci étant la synthèse des consciences individuelles.

On voit donc comment « l'abus de droit » est une conception qui a sa racine dans la conscience individuelle : le juge se réfère d'abord à l'intention qui préside à un acte quelconque. Quand donc on nuit à autrui avec intention dolosive,

(1) Planiol, T. II, n° 872 bis.

(2) Note sous Conseil d'Etat, 27 Fév. 1903 (S. 1905-3-17).

le juge peut rappeler à l'individu qu'il a commis un acte contraire à *l'esprit* de son droit. Et même sans l'intention de nuire, un droit peut être exercé d'une façon abusive, du moment que le commerce juridique s'y oppose, parce que ce droit est contraire à ce que l'idéal de justice collective peut accorder à son exercice.

Une fois le côté subjectif de « l'abus de droit » établi, nous devons nous demander : l'abstention qui est le corollaire de la liberté personnelle ne peut-elle pas engendrer la responsabilité de celui qui s'abstient dans le cas où il se trouve en présence d'un abus ? Du moment qu'on admet que le juge peut scruter la conscience d'un individu pour mesurer le degré de méchanceté qui s'y cache à propos de l'exercice d'un droit, pourquoi ne pas admettre que l'abstention qui se caractérise quelquefois par l'intention de nuire est aussi un abus qui doit engendrer la responsabilité de son auteur ? Quand on dit : tout le monde a le devoir de ne rien faire qui puisse nuire à autrui, nous demandons : pourquoi admettre comme licite qu'on puisse nuire à autrui par abstention ? Dans un cas comme dans l'autre on contrevient à une règle générale qui est celle de ne pas nuire. Peu importe le moyen par lequel on nuit. La faute existe dans un cas comme dans l'autre. Ce qui prime le tout, c'est que le juge, une fois la conscience de l'individu sondée, ait la conviction que celui-ci s'est abstenu en vue de nuire. On se trouve en présence d'une omission dolosive, qui n'excuse en rien son auteur. Dire qu'alors il y a faute morale, c'est jouer avec les mots, parce que toute faute qui engendre la responsabilité est une question morale transportée dans le domaine juridique. Quand on parle de responsabilité, cela veut dire que l'homme est tenu de réparer ce qu'il a occasionné à autrui, comme dommage, et par sa faute ; et nous ayons

établi que — débarrassée de la conception d'une causalité matérielle — l'abstention apparaît comme une faute inexécutable pour son auteur. Quand on dit : voilà quelqu'un qui abuse de son droit, ce n'est pas l'extériorisation d'un droit exercé qui constitue la faute. Nous avons vu plus haut que c'est, par rapport à l'intention, qu'on juge un acte comme fautif. Dans les divers cas d'abus de droit qui se sont présentés devant les tribunaux, ce n'était pas le fait, par exemple, pour le propriétaire d'une maison d'avoir élevé sur son toit une fausse cheminée de hauteur imposante, destinée uniquement à assombrir la demeure du voisin, qui constituait la faute (1) ; ni le fait pour un propriétaire foncier, voisin d'un hangar dans lequel un constructeur de dirigeables réunissait ses appareils, d'avoir édifié sur son terrain d'immenses carcasses en bois, hautes comme des maisons et surmontées de tiges de fer terminées par des pointes acérées, uniquement en vue de nuire au constructeur de dirigeables (2), qui constituaient la faute. Il est des cas ou des occasions où on peut admettre le droit de nuire à autrui, si ce droit s'exerce utilement. Ce qui constitue, dans les cas cités plus haut, l'abus de droit, c'est l'intention qui existe à la base de l'extériorisation. La faute est non pas le fait matériel d'avoir construit, mais le mobile qui a poussé à construire, parce que, dans le premier cas, par exemple, si le propriétaire a construit la cheminée, pouvait faire la preuve que, ce faisant, son but était autre que celui d'assombrir la maison de son voisin, il resterait dans les limites de son droit, et rien ne pourrait lui être imputé.

(1) Colmar, 2 Mai 1855 (D. P. 1856-2-9).

(2) Trib. civ. Compiègne, 19 Février 1913 (D. P. 1913-2-177, note de M. Josserand).

L'intention — dans la responsabilité pour abus de droit — représente l'intérêt primordial et l'extériorisation de cette intention ne constitue qu'une preuve du mobile qui a poussé à l'action. Or, celle-ci n'a d'importance qu'en fonction de la preuve fournie : volonté de nuire à autrui. Dans le cas d'une abstention qui s'est imposée à quelqu'un, ce qui doit intéresser, c'est l'intention qui y présidait ; c'est dans cette intention qu'il faut chercher — comme plus haut — la preuve de la faute ; la révélation du mobile qui a déterminé une personne à désirer voir les effets d'un sinistre ; à attendre les conséquences néfastes d'un danger qui menaçait autrui. Et une fois la preuve de l'intention méchante obtenue, on pourra dire que l'inaction constitue une faute aussi bien que l'action. Nous ne craignons pas ici l'arbitraire du juge, parce qu'ici encore il n'aura pas l'occasion d'employer ses pouvoirs dans une mesure plus large que quand il cherche à découvrir la cause d'une libéralité, l'intention dans un acte frauduleux ou l'appréciation de la bonne foi d'une personne. (1) Au reproche qu'on nous fera, que dans les cas cités plus haut, il s'agissait de l'exercice d'un droit tandis que dans le cas d'abstention, c'est la question de la liberté individuelle qui est en jeu, nous répondrons d'abord, que cette liberté est consentie à l'individu pour assurer l'existence de sa personnalité dans la mesure où cela est nécessaire à ses manifestations utiles. Là où il veut user de cette liberté pour nuire à autrui, nous ne croyons plus qu'il y ait intérêt à le protéger. Qu'on ne nous dise donc pas que c'est une atteinte à la liberté individuelle d'obliger une personne à faire du bien contre son gré. Il serait bien triste de voir adopter cette

(1) Voir Ripert, *op. cit.*, loc. cit.

conception que la liberté est accordée à l'homme en vue de nuire à autrui, et que du moment qu'on lui prend une partie de cette liberté — manifestée à l'occasion d'une abstention dolosive — on a attenté à son existence même. Nous ne voulons pas entrer dans la discussion de ce problème qui s'occupe d'établir dans quelle mesure l'individu peut user de ses facultés vis-à-vis des autres. Nous disons simplement que la liberté d'un individu n'est pas acceptable si elle doit tendre vers ce seul but : nuire à autrui. Cette liberté est une prérogative sociale, dont on ne doit pas se faire une arme contre ceux qui la garantissent. Quand M. Demogue (1) parle de la nécessité de remplacer l'idée individualiste de « liberté » par celle de « poste social » tenu par chacun avec une certaine indépendance, il faut voir là le résultat auquel est arrivé le juriste qui conçoit l'existence de l'homme sous un autre angle que celui sous lequel a été envisagée cette existence par les premiers commentateurs du code civil (2).

95. Nous allons encore plus loin et nous nous demandons : seule l'intention de nuire doit-elle être, dans l'abstention, considérée comme engendrant la responsabilité d'une personne pour abus ?

Nous avons montré plus haut qu'il y a encore abus du moment qu'on exerce un droit contrairement au « commerce

(1) Op. cit., loc. cit.

(2) L'article 74 de l'avant-projet franco-italien a combiné les articles 1382 et 1383 dans un seul, contenant les dispositions suivantes : « Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer.

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui, en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré ».

On peut se demander si dans le cas qui nous intéresse quelqu'un n'excède pas les limites de son droit fixées par la bonne foi. En tout cas le but en vue duquel la liberté fût accordée à l'homme ne peut pas être celui de faire du mal à autrui.

juridique ». C'est pour ainsi dire, la conception objective de l'abus de droit. Nous avons vu en quoi consiste ce « commerce juridique ». C'est l'équité du bon sens collectif ; ou si on veut, l'exercice d'un droit en fonction des mœurs sociales.

Supposons un individu, témoin d'un danger imminent qui va coûter la vie à une personne. Il n'a contre la future victime aucune haine. Il ne désire pas sa mort. Il reste simplement spectateur, attendant l'évolution de ce danger animé du seul sentiment de curiosité ; (1) Est-ce à dire que la société humaine lui a concédé en quelque sorte une place réservée avec la latitude d'assister, indifférent, aux diverses phases du « spectacle » ?

Les bonnes mœurs dans une société bien ordonnée ne peuvent pas admettre une pareille abstention. Les Allemands l'ont trouvée « fautive » en partant justement de cette idée qu'elle contrevient aux bonnes mœurs (2).

Ne pourrait-on pas dire que même sans intention de nuire une abstention est fautive, parce qu'elle est en contradiction avec le « commerce juridique », celui-ci étant conçu par rapport aux bonnes mœurs, dont une société ne peut pas se dispenser ?

On le voit, nous nous maintenons toujours dans le cadre du droit tel qu'il peut résulter d'une interprétation plus large, non pas des textes de loi, mais de leur esprit.

Le législateur s'est refusé à reconnaître l'existence d'une

(1) Il est assez connu, ce désir du public d'assister à des spectacles sensationnels. Il y a eu toujours des individus aimant voir des choses affreuses. M. Appleton dans l'article cité, montre que depuis les Romains qui aimaient les luttes avec les fauves, jusqu'à aujourd'hui, le spectacle cruel a toujours eu ses amateurs.

(2) Voir les commentaires que nous faisons à l'égard de l'article 326 du code civil allemand.

obligation qui a une cause immorale, illicite ou contraire aux bonnes mœurs. Nous n'éprouvons pas de difficulté à affirmer qu'une abstention peut aussi être jugée contraire aux bonnes mœurs. Il faut pour cela voir ce qu'aurait fait dans un cas donné, une personne qui tient à se conformer aux mœurs de la société au milieu de laquelle elle vit. On ne peut pas dire que dans les divers cas qui se sont présentés, et où le juge s'est vu obligé d'acquitter en l'absence d'un texte spécial punissant l'abstention, on ne peut pas dire que l'opinion publique — pour laquelle le bon sens et l'équité comptent avant tout — fût d'avis qu'il fallait acquitter.

En conséquence, s'il faut un criterium moral objectif pour expliquer l'abus de la faculté d'abstention, en dehors de l'intention de nuire, on pourrait s'adresser aux bonnes mœurs pour le trouver.

Pour conclure avec l'idée de « l'abus de droit » nous dirons que nous l'avons conçue comme une formule explicative qui admet en dernière analyse qu'une faculté peut être susceptible d'abus aussi bien que le droit lui-même.

Nous nous sommes gardés dans notre travail de faire trop souvent appel aux idées extrémistes des théoriciens solidaristes dans le désir de nous maintenir le plus possible dans le cadre juridique.

La conception de « l'abus de droit » est une de ces formules juridiques dans laquelle nous tâchons de placer l'abstention pour lui donner le caractère de faute juridique, car nous sommes d'avis que la démonstration est faite qu'elle constitue déjà une faute morale assez lourde.

CHAPITRE VII

UN ARTICLE QUI S'IMPOSE DANS LA LOI

96. L'article que nous proposons. — 97. Quelques remarques sur le pouvoir laissé aux juges. — 98. La nécessité de faire appel au principe de la « gestion d'affaires ». — 99. Quelques réserves qui s'imposent. — 100. Les précautions contre l'immixtion à tout prix.

96. Nous croyons que si, au point de vue moral les deux fautes — celle d'action et celle d'omission — sont identiques, au point de vue juridique, une distinction doit être établie entre elles.

M. Appleton (1) demande un article de loi dans lequel on établira la culpabilité de celui qui s'abstient de la façon suivante : par application de l'article 319 du C. P. (homicide par imprudence) dans le cas où la personne en danger est morte faute de secours ; des peines de l'article 320 du C. P. (blessures par imprudence) si la personne a été blessée ; dans les autres cas cet auteur demande l'application de l'article 375 du même code.

Du moment qu'on reconnaît que dans sa rédaction actuelle le code pénal n'offre pas le moyen de punir les coupables par abstention, c'est donc un nouvel article qui

(1) Revue Trimestrielle 1912.

s'impose ; nous croyons que l'assimilation des deux fautes de commission et d'abstention n'est pas possible.

L'idée qui doit être introduite dans le code a beaucoup d'adversaires. Il faut donc une évolution pour arriver à confondre juridiquement les fautes d'omission avec celles de commission.

Nous croyons qu'il faut un article qui pose le principe de cette question. Il aura d'abord un rôle éducatif. C'est plus tard, lorsque l'éducation sera faite en partie, qu'on condamnera d'un manière plus sévère l'homme qui s'abstient en présence d'un danger que court son semblable.

En tout cas nous croyons que c'est un point acquis qu'il faut punir plus sévèrement celui qui s'abstient dans le désir de voir se produire un malheur que celui qui ne fait rien par simple indifférence. Il est vrai qu'en pratique, la discrimination peut être difficile à faire entre ces deux cas, parce que ni l'une ni l'autre des deux abstentions ne laisse de traces matérielles. Mais si cette discrimination peut être établie, une peine plus rigoureuse s'impose dans le premier cas. L'article que nous proposons ne précise pas la peine. C'est au législateur de l'établir d'une façon certaine. Nous posons le principe. Il faut d'après nous, un article ainsi conçu : « Qui-
« conque est témoin d'un danger menaçant une personne ou
« ses biens est obligé de secourir cette personne dans la
« limite de ses forces.

« Le juge appréciera la nature du danger par rapport
« aux facultés de la personne qui aura dû intervenir. Il
« tiendra compte de l'âge, du sexe, de tous les éléments qui
« qui doivent être pris en considération pour établir s'il y
« a culpabilité pour non-intervention. La personne qui aura
« refusé son concours sera tenue responsable en même

« temps au point de vue civil, dans les limites de l'article
« 1382 du C. Civ.

« Si la personne qui a porté secours à une autre a souffert
« des dommages, le juge aura le pouvoir de les apprécier
« dans les limites prévues pour la gestion d'affaires ».

Ce sont là les lignes principales d'un principe général. C'est au législateur de trouver la formule heureuse. Peut-être arrivera-t-il à donner une définition du danger. On pensera alors à la définition donnée pour le cas de légitime défense : péril immédiat, imminent, actuel, etc... Le problème a besoin d'être étudié.

97. Nous savons que parmi les objections qu'on opposera à notre proposition figurera celle qu'on laisse au juge un très large pouvoir d'appréciation, pouvoir qui peut devenir arbitraire. Une règle de droit doit être une règle étroite : les cas soumis bien simples. Mais alors laisser au juge le pouvoir d'apprécier si quelqu'un est en faute pour ne pas avoir agi, ce sera mettre tout individu à la disposition du juge.

Nous reconnaissons en partie le fondement de cette objection ; mais est-ce la première fois qu'on laisse au juge un pouvoir souverain d'appréciation ? N'existe-t-il pas d'autres cas assez importants, où le pouvoir du juge s'exerce dans une assez grande mesure ?

Si on compare les règles étroites des articles du Code à l'œuvre accomplie par la jurisprudence, on constate qu'il y a une vie juridique tout à fait indépendante de celle prévue par la loi. La vie, avec ses mouvements continus, avec les nécessités de chaque jour, a soumis aux juges une série de faits auxquels le Code n'est pas tout à fait étranger mais dont il est loin en tout cas d'avoir prévu toute la

variété. Combien de fois le juge n'a-t-il pas été appelé à élargir le sens d'une notion ; à envisager des cas et des faits que le Code n'avait pas prévus par suite peut-être de l'insuffisance du législateur ou par suite d'un oubli ; ou simplement parce que le fait considéré ne s'était jamais produit avant la rédaction du Code.

Mais très souvent le législateur lui-même a laissé un pouvoir bien grand d'appréciation au juge.

Ainsi la cause qui fait agir des personnes contractantes a été laissée à l'appréciation du juge. On a admis que les transactions entre les individus doivent avoir comme base la liberté : mais que cette liberté ne pourra pas être employée à faire naître des obligations qui contreviendraient à la morale ou à l'ordre public, ou qui aboutiraient à un acte illicite. Voilà des notions bien vastes qui embrassent un monde entier de cas et de suppositions.

Et néanmoins, on a laissé au juge le soin d'apprécier chaque cas à part et sans lui fixer de limites : on ne lui a pas dit : voilà ce qui est illicite, voilà ce qui est moral ; et cependant on a soumis ces cas à son jugement. Pourquoi ? C'était dans la crainte que les individus fissent abus de leur liberté. On a mis en parallèle l'arbitraire possible de l'individu et l'arbitraire possible du juge : on a estimé que le juge agit dans un but supérieur : celui de l'esprit de justice et que, même au cas où il commettrait un abus dans son appréciation, il resterait au moins ce but objectif supérieur, beaucoup plus noble que le bas intérêt de l'individu qui contracte.

Le juge apprécie et examine toujours si le fait qu'on lui soumet rentre bien dans le cadre du texte. Si un arbitraire peut être redouté, il existe dans tous les cas où l'appréciation du juge est souveraine. Cha-

que circonstance doit être envisagée à part. C'est, comme le dit M. Ripert, en résumant l'opinion de M. Génv : « On ne peut avoir de formule légale qui puisse se calquer exactement sur des situations de fait, puisqu'il n'y a pas de question pratique dont il soit possible de discerner immédiatement la solution juridique » (1). L'arbitraire du juge est un problème général. On ne peut pas dire qu'il existe seulement dans le cas qui nous occupe ici.

Précisant le rôle du juge en ce qui concerne son appréciation d'un contrat pour établir s'il y a lésion, M. Ripert dit que ce serait « un résultat désastreux pour la sécurité des conventions. Quand on essaie de transformer la règle morale en règle de droit, il faut lui donner la précision nécessaire ».

Le Code civil allemand (2) et le Code des obligations (3) admettent le principe qu'un contrat peut être déclaré nul pour cause de lésion. On a donné au juge le pouvoir d'apprécier le contrat formé pour en déduire, s'il trouve les éléments de la lésion. L'arbitraire du juge ne s'est pas révélé.

On peut trouver les garanties nécessaires dans un texte de loi. Un principe d'équité ne doit pas être sacrifié à la crainte qu'un juge pourrait être arbitraire.

Nous croyons au contraire qu'il y a des situations qui ne permettent pas d'enfermer les éléments de la vie dans un simple article de loi sans demander l'appréciation du juge. Vivant au milieu de la société, le juge est avant tout un homme. Il peut donc apprécier si quelqu'un — étant donné les circonstances et les possibilités réelles — pouvait faire en fa-

(1) Ripert, *op. cit.*, n° 68.

(2) Code civil allemand, art 138.

(3) Demogue, t. 3, p. 8, *op. cit.*, loc. cit.

veur d'un autre un geste utile. Il examinera chaque espèce. Il n'a pas besoin d'un critérium fixe. L'arbitraire du juge n'est pas à craindre, dans le cas d'une abstention fautive, dans une mesure plus grande que dans d'autres cas où son appréciation est nécessaire.

98. Si nous pensons à l'institution de la « gestion d'affaires », c'est parce que notre système est en relation avec elle en ce qui concerne les effets d'une intervention d'un tiers. Il y a des différences au point de vue de la source de la volonté. La personne qui gère volontairement l'affaire d'autrui n'était pas obligée de le faire. C'est une faculté. Mais une fois que l'immixtion s'est produite, il y a une certaine façon d'agir qui devient obligatoire. Même pour faire du bien à autrui, on est tenu de respecter certaines règles de droit.

La différence entre l'obligation que nous proposons de créer et la « gestion d'affaires » est que, dans ce dernier cas, la loi « approuve une certaine ingérence dans le patrimoine d'autrui, dans la sphère d'activité d'une tierce personne, sans toutefois l'imposer » (1), tandis que nous demandons que la loi impose une pareille ingérence dans des cas bien établis.

Comme le dit M. Demogue « il faut construire les actions d'après le but social : encourager l'altruisme, mais sans excès » (2).

Nous voyons dans la loi la base de l'obligation d'intervention et la volonté de l'individu sera soumise à cette obligation. Dans la « gestion d'affaires », la source de l'obligation est la volonté de la personne et la loi ne fait qu'ap-

(1) Demogue, loc. cit.

(2) Op. cit., loc. cit.

prouver l'initiative prise. Dans un cas comme dans l'autre, les rapports nés sont confirmés par la loi. Seulement dans le système que nous proposons, le caractère d'obligation légale sera plus accentué. On dit : la « gestion d'affaires » présente de la façon la plus nette le caractère des quasi-contracts, c'est-à-dire d'actes, où l'on rencontre une obligation naissant par la seule volonté du créancier » (1).

Dans cette définition, on voit bien que ce qui intéresse, c'est la volonté de l'individu. La loi ne fait que l'approuver ; elle intervient parce que sans elle le quasi-contrat qui est né n'aurait pas de caractère obligatoire pour les parties. Or, pour nous — l'obligation d'agir étant introduite — ce caractère obligatoire des relations nées à l'occasion d'une immixtion apparaîtra en première ligne.

Le caractère légal est marqué d'une façon plus intense dans le cas d'une intervention à prévoir par l'article que nous proposons.

En ce qui concerne l'institution de la « gestion d'affaires » elle nous paraît se rattacher à notre système, surtout quant aux effets qui peuvent se produire dans les deux cas.

Chaque fois qu'une intervention en faveur d'une tierce personne se produira dans les conditions prévues, les rapports nés seront ceux établis entre le géré et le gérant.

Il peut y avoir des cas où quelqu'un intervient sans qu'il se trouve en présence d'un danger, sans avoir été appelé, et même contre le gré d'une personne qui pouvait se dispenser de cette intervention. Il y aura toujours un pouvoir souverain d'appréciation pour le juge en ce qui concerne le caractère de l'utilité d'une intervention.

(1) Demogue, *op. cit.*, loc. cit.

Il ne faut pas confondre les situations : par exemple, dans le cas d'un incendie qui éclate, d'un homme qui se noie, etc..., on n'a pas besoin du consentement de la personne en danger pour sauver ses biens ou sa vie.

Il en est autrement, quand il s'agit d'une initiative habituelle, dans des cas où sont en jeu des questions de patrimoine. Les principes généraux établis pour la « gestion d'affaires » seront maintenus.

Les articles 1372 à 1375 du code civil resteront pour les cas habituels qui peuvent se présenter dans la vie. C'est ainsi que les conditions requises pour qu'il y ait « gestion » seront : a) une immixtion ; b) qui soit volontaire ; c) qui ait lieu sans ordre d'autrui.

La pratique jurisprudentielle connaît déjà l'assistance d'une personne qui est intervenue dans les limites des principes de la « gestion d'affaires ». Voici un exemple : à quelques jours d'intervalle, deux cochers sont victimes d'un accident sur une route près d'une auberge. Dans les deux cas, sur les conseils du médecin, l'aubergiste les recueille et les soigne. Puis il réclame au patron des deux cochers le remboursement de ses dépenses : logement, nourriture, réparation du linge et de la literie.

Le patron reconnaît bien qu'il est obligé ; mais il soutient que sa responsabilité se limite à ce que lui impose la loi du 9 avril 1898.

La Cour de Cassation (1), au contraire, déclare qu'il y a eu « gestion d'affaires » et le condamne au remboursement de toutes les dépenses utiles.

La jurisprudence considère encore comme « gestion

(1) Req. 28 Nov. 1910 (S. 1916-1-52).

d'affaires » l'exercice de l'activité professionnelle au profit d'un tiers, en dehors de tout mandat : un officier ministériel, un courtier, un agent d'affaires, spontanément, fournissent des renseignements, soutiennent un procès, liquident une affaire : la jurisprudence admet qu'ils se comportent en gérants d'affaires et peuvent même demander une rémunération.

M. Capitant (1) cite l'exemple le plus fréquent qui est celui des généalogistes, professionnels dont le métier consiste, lorsque s'ouvre une succession, à faire des recherches dans les archives pour en trouver les héritiers. Mais celui qui reçoit ainsi la nouvelle qu'une succession lui est dévolue refuse parfois de rémunérer le généalogiste : la jurisprudence donne alors très justement à ce dernier l'action en « gestion d'affaires ».

Pour conclure nous dirons que le principe de la « gestion d'affaires » reste applicable dans tous les cas.

La « gestion d'affaires », comme conception juridique, est celle qui convient au problème qui nous préoccupe (2). Comme nous l'avons fait remarquer, il n'y a qu'une différence de principe qui tient à l'origine de l'initiative prise.

(1) « Cours de Droit », 1926-27, p. 50.

(2) On a proposé d'autres formules pour expliquer le lien juridique qui existe entre l'assistant et l'assisté. Certains auteurs parlent de l'action de *in rem verso*. C'est en vertu de cette action que l'assistant peut prétendre à l'assisté une rémunération pour les services rendus. (En ce sens *Beirnaert*, « L'assistance maritime », p. 93. Voir Anvers, 24 mai 1907, *Journal des trib.* 1907, col. 841). Plusieurs auteurs ont combattu ce point de vue, donnant comme argument la nécessité, pour employer l'action de *in rem verso*, d'un appauvrissement réel, c'est-à-dire « qu'il y ait une transmission de valeur d'un patrimoine dans l'autre » (Voir en ce sens *Planiol*, op. cit., t. II, p. 36 ; *Ripert et Tessier*, *Rev. trim.* 1904, p. 780).

On a encore émis l'idée d'un contrat sui generis (Voir *Jacobs*, *Droit maritime*, t. II, p. 995). Cette formule fût adoptée par quelques arrêts (Bruxelles, 23 décembre 1872, P. A. 1873-1-150 ; Cour Etats-Unis, 10 janv. 1887. *Revue de droit maritime*, 1887-2-721 ; Termonde, 24 juillet 1880. *Pasic* 1881, III, 103 ; Anvers, 11 mai 1872, P. A. 1872-1-69). Nous croyons que la meilleure formule juridique est celle d'un quasi-contrat de gestion d'affaires.

La « gestion d'affaires » se forme par la volonté du gérant. C'est lui qui prend volontairement l'initiative.

Tout le reste des obligations mises à la charge du gérant naît à l'occasion de cette démarche. Ainsi il doit continuer la « gestion d'affaires » et l'achever jusqu'à ce que le maître soit en état de le faire lui-même (articles 1372, Code civil al. 1^{er}). Il y a une différence moins grande qui est la suivante : On impose au gérant d'apporter à la gestion tous les soins d'un « bon père de famille ». Il y a là un point sur lequel nous croyons qu'il faut faire quelques réserves, dans notre cas. Quand on cherche à donner les motifs pour lesquels on doit tenir la personne qui s'est immiscée d'une diligence d'un « bon père de famille », on répond généralement : « C'est tout naturel, puisque rien n'obligeait le gérant à s'immiscer dans les affaires d'autrui ; il est donc responsable de ses fautes » (1).

Il est vrai que l'article 1374, alinéa 2, dit que les circonstances peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts et apprécier moins sévèrement les fautes, par exemple s'il y avait urgence à gérer. L'article ci-dessus parle même « des fautes ou de la négligence du gérant ».

Le § 47 du Code norvégien : « Nul ne peut être puni pour un acte qu'il a commis dans le but de sauver la personne ou les biens de quelqu'un d'un danger qu'il ne pouvait écarter autrement, si ce danger lui semble particulièrement grand par rapport au dommage que pouvait causer son action.

« Les circonstances décideront jusqu'à quel point cette

(1) Capitaine, Cours cité, p. 55.

disposition est applicable à celui qui s'est mis par sa propre faute dans cet état de nécessité ».

Dans le § 347 de la même loi il est édicté une peine contre le supérieur qui volontairement aura omis d'empêcher, si cela lui était possible, l'accomplissement d'un délit dans son service.

L'article 77 de l'avant-projet franco-italien « des obligations et des contrats » après avoir reconnu qu'une personne n'est pas responsable si elle cause un dommage à autrui, par sa légitime défense ou celle d'un tiers ajoute : « celui qui cause un dommage à autrui pour se préserver lui-même ou pour protéger un tiers d'un dommage imminent et beaucoup plus grave, n'est tenu à réparation que dans la mesure que le juge estime équitable ».

00. Nous croyons qu'en ce qui concerne la personne assistante il faut faire une distinction à l'occasion du principe de la responsabilité dans notre cas et dans celui qui est adopté par le législateur dans l'article 1374 pour le gérant d'affaires. Si généralement le gérant est tenu d'apporter les soins d'un « bon père de famille », nous avons vu qu'on donne pour raison de cette obligation le fait que c'est lui-même qui s'est immiscé. Or dans le système que nous proposons, c'est la loi qui oblige une personne à prendre l'initiative. Il s'agit d'un cas urgent : l'intervention est spontanée. La personne intervenant parce qu'elle y est obligée par le législateur, doit être tenue des fautes qui sont en liaison directe avec ses capacités, son âge, ses aptitudes. Nous croyons même que seules les fautes lourdes devraient compter.

Etant donné le mobile qui a poussé un individu à agir il faudra prendre comme terme de comparaison son attitude habituelle.

Nous avons montré le système de la jurisprudence en ce qui concerne l'habileté qu'on demande à une personne dans la société. La diligence imposée est alors une question qui dépend des raisons sociales et des nécessités pratiques. Exiger une pareille diligence cela peut apparaître comme décourageant quand on oblige un individu à intervenir dans certains cas. C'est pour cette raison que dans l'article que nous proposons comme solution, nous demandons qu'on laisse au juge un grand pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les facultés de celui qui devra intervenir. Il n'y a aucun danger à prendre en considération les éléments soi-disant subjectifs de l'individu qui a agi, puisque tout est question de circonstance, et l'appréciation du juge joue de ce fait un rôle prépondérant (1).

En ce qui concerne les obligations de la personne en faveur de laquelle on est intervenu, nous croyons qu'ici encore les principes admis en matière de « gestion d'affaires » peuvent être maintenus. Elle doit être tenue pour ce qu'on a fait pour elle, si on a dépensé de l'argent, ou de l'énergie même, en sa faveur. La jurisprudence a eu déjà à apprécier des cas où elle a fait jouer ces principes. Voici des exemples : Le médecin, avant de pratiquer une opération, doit solliciter le consentement de l'intéressé, soit pour le soigner, soit à plus forte raison pour l'opérer (2). Il peut se présenter des cas où une nécessité urgente rend l'opération indispensable ; mais où le consentement du malade n'existe plus, soit parce qu'il a perdu connaissance, soit enfin pour toute autre rai-

(1) L'article 1312 du Code autrichien prévoit que celui qui en cas d'urgence, rend service à autrui, n'est pas responsable du dommage qu'il a négligé d'empêcher, à moins qu'il n'ait par sa faute mis une autre personne dans l'impossibilité d'agir.

(2) Cf. Demogue, I, T. 3, p. 26.

son. Dans un cas d'urgence — le consentement manquant pour faire naître le contrat — la jurisprudence admet que le médecin peut alors soigner et opérer à titre de « gérant d'affaires » (1). Le malade est tenu de ratifier en payant l'opération qui a été faite par le médecin, malgré le défaut de son consentement. Ce sont les circonstances dans lesquelles l'opération a été faite qui font du médecin un « gérant d'affaires ».

Rien ne nous empêche d'appliquer les principes de la « gestion d'affaires » quand la personne assistée connaissait ce qu'on faisait en sa faveur. C'est le cas qui se présentera le plus souvent, parce que, depuis longtemps déjà, la jurisprudence admet qu'il y a « gestion d'affaires », même dans des cas où le maître a connu la gestion, et la Doctrine approuve ce point de vue (2). La personne assistée étant présente au moment du danger, il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer les principes ci-dessus.

La personne en faveur de laquelle on est intervenu sera tenue de rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires que la personne assistée a faites. Ainsi, la personne blessée à l'occasion d'une intervention courageuse aura le droit d'être indemnisée. Dans le cas où son intervention aura demandé un sacrifice pécuniaire elle devra être dédommagée.

100. Les cas dont nous nous occupons et pour lesquels nous demandons un article de loi supposent toujours un danger imminent. C'est dire que nous ne comprenons pas

(1) Amlens, 14 Février 1906 (D. P. 1907.2-44).

(2) Cf. Demogue, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Demolombe XXXI ; n° 65 et suiv. ; Aubry et Rau, IV, p. 273, 4^e éd. Cass. Req. 29 Avril 1876 ; S. 1876-1-215.

qu'on veuille appliquer les principes de la « gestion d'affaires » dans tous les cas où une initiative s'est produite. C'est ainsi que nous approuvons les arrêts qui n'admettent pas qu'il y a « gestion d'affaires » dans le cas où une personne a pénétré d'une façon trop avancée dans la sphère d'activité d'une autre (1).

Nous tenons à préciser que si nous croyons qu'il faut obliger une personne à agir en faveur d'une autre, c'est, on l'a vu, dans des circonstances rares. L'immixtion à tout prix dans la sphère d'activité d'un autre, nous la repoussons parce que nous entrevoyons les abus qui pourraient se produire. Les cas où l'utilité d'un acte d'intervention est vraiment démontrée ne manquent pas. Nous avons mis en première ligne les interventions qui sont nécessaires pour sauver la vie humaine (1). En ce qui concerne les initiatives pour sauver le patrimoine, les cas envisagés par nous dans ce travail sont rares et, en tout cas, il s'agit de lutter contre la vie humaine (2). En ce qui concerne les initiatives l'est quelquefois un incendie.

Nous faisons donc une distinction entre les divers cas où l'initiative a été prise. La sphère d'activité d'une personne reste soumise au seul contrôle de son titulaire et nous

(1) Un gérant d'affaires ne peut pas créer des servitudes ni transiger à leur sujet (Grenoble, 1^{er} Juillet 1902. Gaz. Pal. 1902-2-506) ; une personne ne peut pas agir en justice comme gérant (Trib. Dijon 30 Avril 1900. D. 1900-2-469) ; un tiers non parent engage sa responsabilité s'il inscrit — conformément à l'article 2139 du Code civil — l'hypothèque légale d'une femme mariée.

(2) Nous approuvons l'arrêt qui a admis la « gestion d'affaires » dans le cas où une personne s'occupe par ses soins d'améliorer la situation d'un aliéné. Comme le dit M. Demogue : « la gestion d'affaires existe même si on n'a pas procuré un bénéfice patrimonial ; si on a sauvegardé la liberté d'une personne, si on lui a assuré des soins meilleurs (op. cit., loc. cit.). En ce sens : Aix, 20 Décembre 1888 (S. 1890-2-25). Toulouse, 18 Janvier 1902 (D.-1905-2-238).

demandons l'intervention d'un tiers, seulement dans des cas où la personne n'est plus maîtresse d'elle-même pour se sauver seule. Dans de pareils cas, les principes de la « gestion d'affaires » trouvent leur application, étant tenu compte des réserves faites ci-dessus.

CHAPITRE VIII

LA LIBERTÉ DE L'INDIVIDU PAR RAPPORT A L'ORGANISME SOCIAL

101. Entre les deux extrêmes : l'échange des obligations. — 102. Quelle est la liberté que restreint notre principe ? — 103. Les devoirs de l'individu dans les diverses conceptions sociales et philosophiques.

101. Nous ne demandons pas qu'on introduise dans la législation des principes qui constituent les vœux les plus extrêmes des solidaristes. Nous savons bien que l'individu réclame ses droits, que la liberté humaine ne peut pas être conçue sans une complète indépendance. Nous ne voulons pas l'homme confondu dans la masse commune, réduit à l'état de simple numéro ; un être soumis à toutes les exigences des organismes collectifs.

Mais si cet homme ne forme pas pour nous le type idéal, nous ne pouvons pas non plus concevoir l'homme isolé, l'homme indifférent, jaloux de sa liberté, de son existence ; enfin nous ne voulons pas les hommes complètement étrangers les uns aux autres. Entre ces deux principes, celui qui fait de l'homme un esclave des autres et celui qui voit dans l'homme l'ennemi d'un autre, nous plaçons le nôtre.

Nous n'acceptons pas le reproche qu'on nous fera peut-être : qu'il faut choisir, qu'il faut être pour l'un ou pour l'autre de ces deux principes, parce que nous ne croyons l'homme ni assez fort pour se dispenser des autres, ni assez

faible pour s'abandonner aux mains des autres. Nous soutenons qu'il y a un but pour lequel le droit lutte. Que ce but admet une solidarité humaine qui peut très bien laisser aux hommes leur dignité et leur indépendance.

Le mouvement de chacun de nous tend vers un progrès, vers quelque chose de meilleur, de plus haut ; cet effort n'est qu'une continuelle affirmation de l'opposition de l'homme à la Fatalité elle-même. L'inertie est quelque chose de blâmable, qui ne peut pas être conçu comme un droit acquis.

Comme le dit fort bien Pascal : « ...notre nature est dans le mouvement ; le repos entier est la mort » (1).

Nous demandons peut-être un sacrifice : mais alors, c'est dans un cas exceptionnel, où ne pas le consentir, c'est prétendre que les hommes sont nés pour se faire du mal les uns aux autres. En face d'un péril nous voulons qu'un homme aide l'autre dans le cas seulement où ses moyens le permettent. Il faut qu'il le veuille parce que cela ne demandera ni le sacrifice de sa vie, ni celui de sa fortune.

Nous avons pris des précautions parce que, dès maintenant, nous envisageons le grand nombre d'objections que soulèveront nos idées.

Les juges ont cependant senti quelquefois la nécessité d'introduire dans la législation un article en ce sens. En voici un exemple : la Cour de Cassation avait à se prononcer sur le cas d'une sage-femme qui avait refusé d'aider à l'accouchement d'une femme indigente. Bien qu'un pareil refus puisse être considéré comme criminel de la part d'une sage-femme, vis-à-vis d'une malade qui avait le plus grand

(1) Pascal. « Pensées », art. 26, n° 8.

besoin de son aide, il n'a pas eu de sanction. Voici comment la Cour de Cassation a statué en cette matière :

« Attendu que le refus fait par la demoiselle P... sage-femme de se rendre auprès de la femme J... indigente, qui réclamait son secours pour accoucher, ne rentre pas — sous aucun rapport — dans la disposition de l'article 475 du C.P. *qu'il n'existe d'ailleurs dans notre législation aucune peine qui puisse être appliquée à un tel refus tout inhumain et blâmable qu'il soit...* » (1).

Voilà près d'un siècle qu'on constate de pareilles injustices, mais sous prétexte qu'il faut sauvegarder la liberté individuelle personne ne songe à les réparer.

Tout le monde est d'ailleurs d'accord pour reconnaître qu'il y a faute d'abstention mais la responsabilité n'est pas encourue parce que l'auteur de l'abstention n'est pas en même temps l'auteur du dommage.

En quoi l'idée de causalité est-elle en relation avec l'abstention ? C'est que, au moment où je m'abstiens, je fais encore quelque chose. Les choses de la nature peuvent se concevoir dans un état d'inertie continue. L'homme ne peut être considéré sous ce point de vue.

Je vois quelqu'un en danger. Je pourrais par un simple geste sauver cet homme. Au moment où je sens que mon intervention est utile, je me décide à ne rien faire. Mon abstention est alors le résultat d'une décision en rapport avec ma volonté. Je ne fais rien : c'est comme si je faisais quelque chose, parce que, pour ne rien faire, il a fallu le même acte de volonté que pour agir.

Zitelman (2) fait l'analyse psychologique de l'homme en

(1) Jugement du 4 Juin 1830 (S. 1830-1-344) .

(2) Zitelman. Irrtum und Rechtswissenschaft, p. 120 et suiv.

état d'abstention. Il est d'avis que l'homme, par instinct, est incliné à donner son aide. Il y a une force qui le pousse à agir. C'est une sorte de manifestation de volonté inconsciente que le pousse à sauver son semblable. A cet instinct naturel, il doit opposer une force qui commande l'inertie. La sensibilité humaine inspire le geste de solidarité naturelle. Mais l'instinct de conservation de la race humaine entre en jeu : c'est alors que le calcul commence à se produire. On met en balance l'amour de sa propre vie, de son existence et la nécessité de faire le geste sauveur. On mesure le péril. Pour arriver à un résultat, on est conduit à prendre une décision. Si cette décision entraîne l'abstention, on dit que cette abstention devient causale par rapport à l'effet : parce que sans elle le fait ne se serait pas produit.

102. Dans la doctrine française actuelle, on parle d'une abstention fautive dans le seul cas où on était en droit de demander à quelqu'un d'agir. Sans cette obligation préexistante, pas de faute en matière d'abstention. C'est dans un autre chapitre que nous nous sommes occupés de l'abstention aux règles générales de diligence et de prudence, prévues par la loi. Là, l'obligation est légale. Toute initiative est subordonnée à une règle juridique générale.

N'est-on pas tenu d'intervenir, même quand on n'a pas pris d'initiative ? On dit que toute initiative donne des droits ; mais en même temps elle crée des risques et des périls pour celui qui agit. Ne peut-on pas se demander si l'existence même, la vie, dans son acception courante, n'est pas un risque ? Le fait d'exister dans un monde qui est un continu mouvement, de prétendre qu'on nous reconnaisse des droits, d'exiger toujours le respect de notre existence, constitue une demande permanente de l'individu au reste de la société.

Cet individu fait des concessions qui lui sont imposées par la société : il se reconnaît débiteur vis-à-vis de la société de la même créance qu'ont accepté tous les autres membres de la même société. Qu'on le veuille ou non, cette entente existe entre les individus. On peut changer le terme, on peut nommer cette entente intervenue entre les individus comme l'on veut, mais on ne peut pas la contester. M. Bouglé (1) se demande avec raison : « Continuer de vivre au sein d'un état, prendre part aux bénéfices comme aux charges d'une organisation nationale, n'est-ce pas adhérer par les actes au contrat qui lie les membres ? » Cette adhésion ne constitue-t-elle pas, demandait-il y a longtemps déjà M. Fouillée, « un signe juridique aussi valable qu'une parole ou une signature » ?

Les individualistes peuvent exalter les vertus de l'homme pour le déclarer d'autant plus grand qu'il est seul, la réalité nous montre que l'idée de société est aussi forte que celle de l'individualisme. Si l'individu agit aujourd'hui d'une façon égoïste, c'est parce que les autres agissent de même façon envers lui. Il n'intervient pas sans intérêt parce qu'il n'attend pas d'intervention désintéressée de la part des autres. Mais si, au contraire, on l'obligeait à une intervention en lui donnant la garantie positive que, dans les mêmes circonstances, les autres auront les mêmes devoirs envers lui, on ferait intervenir cette idée d'équilibre qui réside dans tous les rapports humains. En fixant ce principe de haute solidarité, on satisfait à un « impératif » de morale, en même temps qu'à une nécessité d'ordre pratique. La

(1) Bouglé. « Le solidarisme », page 81 .

liberté individuelle est un bien qu'on revendique toujours parce qu'on a peur que la société ne la restreigne. Mais du moment qu'on donne des garanties et qu'on suppose toujours un échange d'obligations, nous ne voyons plus le péril.

Supposons A... et B... partis sur le même chemin. Ni l'un ni l'autre ne sait lequel d'entre-eux deviendra le débiteur de l'autre, en cas de nécessité d'assistance. En tout cas, on sait que le créancier est celui qui se trouvera en peine. A... et B... ne se connaissent pas ; mais ils savent que chaque homme reste l'obligé de l'autre : est-ce que A..., sachant qu'en cas de péril il aura l'assistance obligatoire de B..., ne se trouvera--il pas plus fort ? Et B... sachant que la même obligation pèse aussi sur A..., se sentira-t-il plus faible ?

Pour l'instant ni A..., ni B... ne savent lequel devra intervenir ; mais c'est là que se trouve la grandeur du principe, en même temps que sa nécessité. Quelle admirable ressource de savoir qu'au cas de nécessité urgente et sans péril pour sa vie, on trouvera dans son semblable la protection nécessaire contre les forces naturelles ou vis-à-vis de tous autres dangers ! Hésitera-t-on à prêter le même concours à un autre qui se trouvera dans les mêmes conditions ? En quoi notre liberté, dont on fait tant de bruit, mais qui au fond est si relative, est-elle atteinte ?

L'action de l'homme tend toujours vers un but. C'est ce but qui doit être rattaché à une règle de droit. Etant la conséquence d'un principe de justice, une règle impérative imposée par les usages doit prendre sa place parmi les autres règles de droit. Lui refuser cette place, c'est dire que le droit ne se préoccupe pas des règles qui s'appliquent à l'homme, autrement que dans les litiges ordinaires.

Le reproche qu'on fait aux théoriciens solidaristes, c'est qu'ils veulent rendre l'individu esclave de la société.

Mais nous avons montré au début de notre étude que c'est l'individu qui a à souffrir de l'abstention des autres. C'est lui qui fait appel aux autres pour leur demander d'agir en sa faveur. Quand nous disions que l'abstention est généralement une obligation imposée à tout le monde pour que l'individu puisse exercer ses droits dans la société, nous envisagions en même temps le danger qui peut exister à transformer l'obligation en un droit absolu. En tout cas on a pu voir que l'abstention des autres ne convient pas toujours à l'individu. En conséquence, quand nous obligeons les hommes à agir en faveur de l'un d'entre eux, c'est pour sauver l'individu qui se plaint de l'indifférence de ses semblables. C'est à la société qu'on impose le devoir d'agir pour que l'individu ne souffre pas.

En admettant notre conception, on peut dire que l'individu se sentira davantage en sécurité, puisqu'il aura le droit de demander aux autres quelque chose qui lui est utile. Quand on dit que l'individu est l'esclave de la société, du fait que celle-ci lui impose une obligation, qui ne lui était dictée jusqu'alors que par sa propre conscience, on oublie que cette façon de sanctionner une règle de conduite supérieure a le grand avantage moral d'assurer à l'individu que l'arbitraire des autres n'est plus possible, puisque dans les mêmes circonstances la décision de tout le monde sera identique.

Obliger les individus à se conformer à la règle morale, c'est élever l'individu à la hauteur de cette règle.

103. D'où est né ce principe qui veut que dans certains cas le législateur ait la faculté d'imposer aux individus dans leurs rapports une nouvelle obligation ?

Pour arriver à croire que la loi peut devenir la source

d'une nouvelle obligation et pour admettre que cette obligation entraîne une responsabilité au point de vue juridique, il faut bien connaître et établir les rapports qui peuvent exister entre les hommes.

Il nous paraît inutile d'entrer dans la discussion du problème — objet de tant de polémique — qui a pour fondement cette idée que les hommes sont liés entre eux par un contrat ; ce contrat prévoyant l'obligation qu'ils ont de renoncer à certaines libertés en échange d'une garantie : à savoir que tous respecteront l'existence et la fortune de chacun. On a essayé de substituer à l'idée de contrat celle de quasi-contrat pour faire mieux comprendre — théoriquement — que les hommes ont tacitement consenti — dans un but de solidarité — à maintenir des rapports normaux entre eux et que la loi ne fait que constater ces rapports en vertu du pouvoir que lui donne cette entente tacite. Comme nous l'avons dit, peu importe la dénomination qu'on donne pour expliquer juridiquement les relations humaines, soit en imaginant un contrat, soit un quasi-contrat ; ce qui est certain, c'est que cette entente existe, quels que soient les motifs qu'on fait valoir pour l'expliquer.

Là où la difficulté commence c'est quand on considère l'individu comme un être distinct en vue d'établir quels sont ses droits et ses obligations. Ceux qui veulent l'homme libre sont obligés de le connaître et cette liberté devient tout à fait relative quand on conçoit l'homme dans ses relations avec ses semblables. ROUSSEAU même se contredisait sur ce point quand il disait : « Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa dignité d'homme, aux droits de la liberté même, à ses devoirs ». Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme et c'est ôter toute liberté

à sa volonté (1). Car, un peu plus loin il était obligé de reconnaître que cette liberté doit être réglementée. Il faut, disait-il, « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun se donnant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant » (2). Comment peut-on concevoir l'homme libre après avoir aliéné une partie de sa liberté? Ce n'est pas ici que nous discuterons la façon dont Rousseau concevait l'absolutisme comme conception gouvernante alors que l'individu serait en conflit avec la société. Se rattachant à ce qu'il appelait « volonté générale », l'auteur du Contrat Social admet que la volonté de tous peut mettre un terme à un conflit existant entre la conscience d'un individu et la loi. C'est le moment où le droit individuel doit se plier aux exigences de la volonté de tous parce que ce sont les hommes qui ont garanti jusqu'alors son existence (3).

On voit donc que ceux qui revendiquent une liberté plus grande pour l'individu reconnaissent que cette liberté doit se borner aux nécessités de la vie en société. D'ailleurs les grands maîtres de la philosophie humaine ont tous conçu la liberté de l'homme comme lui donnant la liberté d'agir en conformité avec l'intérêt général. Il ne faut pas oublier que le défenseur de la liberté humaine, KANT, comprenait cette liberté comme un moyen de faire de l'homme le pivot d'une organisation rationnelle de la société.

Concevant l'individu libre, KANT se demandait quel peut

(1) « Contrat social », L. I, ch. IV.

(2) « Contrat social », L. I, c. h. VII.

(3) « Si la volonté générale dit à un individu : il est expédient que tu meurs, il doit mourir, puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sûreté jusqu'alors, et que sa vie n'est pas seulement un bienfait de la nature, mais un don conditionnel de l'Etat. » (Contrat Social », L. 2, ch. V).

être le devoir de l'homme dans la Société. Mais en même temps qu'il reconnaît pour l'individu la nécessité d'être libre, KANT met en relief l'utilité d'une pareille liberté : « Agis comme si la maxime de ton action devait, par la volonté, être érigée en loi universelle de la nature » (1). En d'autres termes, l'homme doit se demander, pour chacun de ses actes, quelles en seraient les conséquences, si tout le monde l'accomplissait. La raison pratique demande donc l'accomplissement du devoir, parce que, ayant la liberté d'agir, l'homme doit employer cette liberté dans un but moral. Il ne faut donc pas se fonder sur une partie de la conception philosophique de KANT, pour dire qu'il concevait l'homme, maître de lui, ayant la possibilité de faire ou de ne pas faire quelque chose, parce que, à côté de cette liberté, le philosophe concevait « l'impératif catégorique » — transformé ensuite en un « devoir de faire » — et qui commande à l'homme de faire ce qui est conforme au bien moral.

Si de cette conception individualiste, où nous avons trouvé le devoir de faire à côté de la liberté humaine — nous passons à l'École historique où nous trouvons les partisans de cette théorie qui considèrent l'homme comme une partie intégrante de l'Etat.

« L'homme est sans doute fin en soi et doit être respecté comme tel ; mais l'homme, individuellement, n'est pas à respecter comme tel que par l'individu, et non quant à l'état, parce que l'Etat ou la nation est sa substance » (2). Nous trouvons inutile de rappeler les traits généraux de la

(1) Cf. Delbos : « Philosophie pratique de Kant », ed. Hartenstein, T. VII, p. 359.

(2) Hegel : « Leçons sur l'histoire de la philosophie », T. IV, p. 292.

théorie historique. Nous insistons ici sur le fait que c'est l'Ecole historique qui fait entrer parmi les mobiles de l'action humaine, le stimulant qui est le moteur moral, le mobile supérieur tel que le sentiment du devoir et l'amour (1).

IHERING — qui se rapproche par ses idées de l'Ecole historique — nous dit aussi que le sens du droit réagit contre toute injustice, même si cette injustice ne nous nuit pas personnellement, parce qu'une injustice qu'on fait à un autre nous prouve la force morale qui s'y oppose. « En face de l'injustice, il y a la protestation d'une nature morale énergique contre l'outrage aux droits, le témoignage le plus beau et le plus élevé que peut rendre de lui-même le sentiment juridique » (2).

Il est vrai que, dans la conception de cet écrivain, le sentiment du droit est une conséquence d'une idée égoïste : c'est le but pratique, les nécessités de chaque jour qui décident l'homme à adopter le droit.

La vie sociale et la vie de famille ont prouvé à l'homme qu'il y a certains actes auxquels il doit renoncer, parce que autrement la vie en commun ne serait pas possible. Le sentiment du droit n'est pas — dans la théorie historique — quelque chose d'inné, mais quelque chose d'acquis. L'homme ne commet pas des vols et des fraudes, parce qu'il est convaincu que son existence deviendrait impossible avec une pareille pratique. C'est par une évolution longue et par une lutte continuelle qu'on est arrivé à avoir le sentiment de la justice : les règles de droit sont la conséquence de cette lutte continuelle qui a révélé à l'individu les bienfaits de la justice.

(1) Cf. Charmont, op. cit., p. 86. V. Savigny : « Le Droit Romain » ; Beudant : « Le droit individuel et l'Etat », p. 200.

(2) Ihering : « La lutte pour le Droit », p. 64.

La morale a donc une valeur relative, d'après cette conception, puisqu'elle est acquise dans la mesure où les nécessités l'imposent.

Pour les utilitaires aussi le droit a comme but de diriger les hommes en vue de leur bonheur. Tout est de donner à l'homme le maximum de bonheur ; la justice doit y collaborer (1).

Si on passe à l'Ecole sociologique du positivisme qui cherche à donner un système aux sciences naturelles, on y trouve cette doctrine que l'individu n'a que des devoirs.

Auguste COMTE disait dans sa « Politique positive » : « Chacun a des devoirs et envers tous ; mais n'a aucun droit proprement dit. Nul ne possède plus d'autres droits que celui de faire toujours son devoir » (2).

Pour les solidaristes, l'homme naît chargé d'une dette sociale. L'individu a une obligation envers la société ; les hommes sont des débiteurs les uns envers les autres. Cette théorie se place entre l'individualisme et le socialisme. Il faut développer la personnalité humaine ; mais avec le concours et l'intervention de la société. Le côté économique, dans la conception solidariste ne nous intéresse pas ici. Rappelons seulement que l'assistance représente, dans cette conception, une des préoccupations les plus importantes, puisque les riches sont tenus d'aider les pauvres. Là, où on trouve la distinction entre la conception solidariste et le droit, tel qu'il est pratiqué, c'est dans cette formule des théoriciens solidaristes qui nous disent : « la Justice, distinguée de la charité par un long usage, est vidée pour ainsi dire de toute sensibilité, a quelque chose de sec et d'étroit » (3).

(1) Bentham : « Traité du Code Civil », 2^e partie, ch. V, n° 2.

(2) T. 2, p. 361.

(3) A. Droiset : *Essai d'une philosophie de la Solidarité*. Préface, p. X.

C'est par opposition à la tendance trop positiviste et objective que le solidarisme a mis en avant ce mot de « solidarité » pour exprimer le caractère scientifique de la loi morale.

Quant on rappelle à l'homme qu'il n'est pas indépendant, comme il le croit, qu'il ne peut pas mieux accomplir son rôle social qu'en collaboration avec les autres, on cherche à détruire l'orgueil et l'égoïsme pour rendre l'homme meilleur, capable de comprendre son devoir.

Ce mot de devoir revient dans chaque conception philosophique pour bien mettre en évidence que l'homme doit accomplir certains actes. Qu'on dise à l'individu que c'est par sa propre raison et son propre sentiment qu'il doit s'élever à un degré supérieur, qu'on ajoute que c'est par le moyen de la société qu'il doit perfectionner sa personnalité, c'est toujours pour le rendre utile dans la grande mission imposée par les relations humaines. Ce n'est pas ici que nous tâcherons d'analyser quel est le vrai moyen de perfectionner l'individu : serait-ce sa seule volonté ? Ou bien, à côté de cette volonté, faut-il placer l'intervention de la Société qui dirigera cette volonté vers le but de la justice ? Nous ne retiendrons que ce seul principe, qui nous intéresse, à savoir que les individualistes comme les socialistes parlent toujours d'un devoir accompli. Qu'on prenne la théorie de M. DUGUIT, qui ne reconnaît à l'individu aucun droit, on y trouve encore l'idée de solidarité. Mais elle n'y est plus représentée comme quelque chose de voulu ou imposé par la morale : la solidarité est un fait, une réalité qu'on le veuille ou non. M. DUGUIT écrit : « Nous ne disons pas : l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce que cette coopération est bonne en soi ; mais l'homme doit coopérer à la solidarité sociale, parce qu'il est homme, et que comme tel, il ne peut vivre que par la solidarité. Nous ne disons pas : l'acte de coopération à la

solidarité est bon ; nous disons, l'acte de coopération a une valeur et des conséquences sociales » (1).

Dans ces théories, l'homme doit être à la disposition de l'Etat qui peut utiliser ses forces de la façon imposée par les intérêts de la solidarité. Quand on parle de la division du travail, on rappelle à l'homme qu'il est une cellule dans l'organisme social, lequel peut lui demander tout effort nécessaire au progrès de la collectivité, et on reconnaît toujours que l'homme ne doit pas aller contre le but de la justice. L'idée de droit est accompagné de celle d'utilité et de solidarité. L'interdépendance sociale et la fonction sociale ne sont que des conséquences de cette idée, que l'homme doit mettre d'accord son intérêt et sa conscience avec l'intérêt et la conscience de la collectivité.

Lorsque, envisageant la solution de notre problème, nous demandons un article de loi, c'est pour mieux faire comprendre à l'homme qu'il est lié à son semblable. Nous avons passé en revue, dans un exposé très général les diverses théories qui étudient l'homme dans ses rapports avec la Société, et essayé de mettre en relief ce fait que dans chacune d'elle, on rencontre cette conception aujourd'hui la liberté de l'homme n'est plus envisagée en fonction d'un intérêt plus haut et plus respectable. L'évolution de la conception sur le droit de propriété n'est que la conséquence d'un intérêt social, trouvé plus large et plus utile que l'intérêt individuel : celui-ci a dû se soumettre à celui-là.

Il faut être logique : puisqu'on reconnaît que les hommes ont besoin les uns des autres, que leur existence s'écoule dans une continuelle interdépendance, pourquoi ne pas adopter

(1) *Droit Constitutionnel*, p. 16.

une application utile de cette idée, alors qu'il s'agit d'un « devoir de faire » capable de satisfaire une nécessité d'urgence chez un de nos semblables ?

Quand on dit que l'abstention est le dernier refuge de la dignité humaine, nous nous demandons s'il ne serait pas plus juste de dire que l'abstention est le dernier refuge de la lâcheté et de l'inhumanité.

On se trouve en présence d'un organisme social qui demande toujours pour son existence la collaboration de tous. On a reconnu que l'individualisme même ne conçoit pas l'homme isolé, enfermé en lui-même ; tout au contraire, il demande sa perfection en vue de l'utilisation de ses forces pour un but supérieur : pourquoi ne pas tirer de ces faits toutes leurs conséquences et admettre que la collaboration doit, de prime abord, exister entre les individus.

On dit : la Société peut imposer, pour ses nécessités, certains sacrifices à l'individu. Doit-on concevoir cette société comme abstraction, une simple fiction ? Pourquoi ne pas reconnaître que la Société commence dès que se trouvent en présence deux individus ?

Toute la théorie de l'interdépendance sociale considère l'individu par rapport au reste de la société : pourquoi ne pas commencer par considérer un individu par rapport à un autre individu, et ensuite aller plus loin pour aboutir au rapport de l'individu avec la Société humaine tout entière ? On nous répondra : mais parce que la Société est l'organisme qu'on oppose à l'individu par ce fait qu'elle est au-dessus de lui ; c'est par rapport à l'intérêt général qu'on conçoit la relativité du droit de l'individu et non pas par rapport à l'intérêt particulier. On pourra donc objecter que si on oblige une personne à sacrifier une partie de son existence pour l'intérêt de la collectivité ; qu'on exproprie sa propriété

dans un intérêt d'utilité publique par exemple, c'est toujours pour un but qui dépasse de beaucoup l'intérêt d'un seul individu : un droit deviendra relatif dans le cas seulement où il sera en conflit avec l'intérêt de la collectivité.

On peut répondre qu'il y a là un principe qui n'est pas toujours vrai. D'abord un droit devient relatif non seulement quand il entre en conflit avec les intérêts de la collectivité, mais encore quand il se heurte à un intérêt particulier. C'est ainsi que la conception sociale de l'abus de droit trouve son application à l'occasion d'une relation entre deux droits personnels qui s'opposent l'un à l'autre. On peut encore donner une autre raison qui est la suivante : dire qu'on impose des sacrifices à l'individu, dans le seul cas où surgit un intérêt de la collectivité, c'est affirmer que les individus ne se doivent rien entre eux en tant que personnes travaillant aveuglément dans un but commun sans se rendre compte qu'ils sont les uns à côté des autres. *M. Durkheim* (1) distingue deux formes de solidarité : la solidarité mécanique, où les individualités sont absorbées dans l'unité, agrégées comme les molécules d'un cristal — et la solidarité organique, où l'indépendance est fonction, loin d'anihiler l'individu le développe et le fait progresser. Si donc on reconnaît que l'individu doit être considéré autrement qu'une cellule mécanique et qu'il forme un organisme vivant, on est obligé de déduire qu'il reste détenteur d'une certaine indépendance propre à l'homme. C'est cette considération — qu'il s'agit de l'homme — qu'on doit envisager à côté du but supérieur qui est la Société, les relations immédiates qui peuvent exister entre un individu et un autre individu.

(1) « Division du Travail dans le Monde Social ». Cf. Charmont, *op. cit.*, p. 141.

S'il est vrai, d'autre part, que l'idée de droit est acceptée comme une croyance, comme une donnée du sentiment ; si on reconnaît partout que l'homme a une sensibilité qui lui est propre et le distingue des autres, il faut conclure qu'avant de l'opposer à toute la collectivité, il doit se sentir lui-même plus près de son semblable. La perfection de la personnalité humaine ne peut pas avoir sa valeur intégrale si elle n'est pas d'abord la conséquence des relations d'individu à individu.

Quelqu'un qui n'aime pas sa famille, qui ne se trouve pas près de ses souffrances et de ses idéaux ne peut pas aimer la Société toute entière. L'humanité commence en présence d'un seul homme pour embrasser par la suite l'universalité de tous les hommes.

Si nous demandons qu'on applique d'abord le « devoir de faire » dans les relations d'homme à homme, c'est parce que nous croyons que la règle morale ne peut pas exister dans les relations de l'homme avec la collectivité avant d'être appliquée entre un homme et un autre homme. Pour que l'homme puisse dire qu'il se sent solidaire avec la Société où il vit, il faut d'abord qu'il ne soit pas étranger aux souffrances d'une partie de la Société représentée par l'homme qui demande le geste sauveur.

Il est curieux — nous l'avons montré plus haut — qu'on fasse toujours allusion à la conception de *Kant* pour motiver l'individualisme exagéré qui se trouve dans l'esprit du législateur de 1804 (1).

Comme on a pu le voir plus haut, le grand philosophe ne concevait la liberté humaine que parallèlement au devoir accompli envers les autres. Laissant à l'homme la faculté

(1) Voir les critiques adressées par M. Josserand à l'idée individualiste du droit civil qui a subi l'influence de la conception de Kant. (L'esprit des droits et leur relativité. Introduction).

de choisir, de faire ou de ne pas faire quelque chose, *Kant* supposait l'homme toujours décidé à faire le bien. En tout cas l'homme qui use de sa liberté pour s'abstenir là où son intervention était nécessaire, se trouve en accord avec l'esprit du Code Civil ; mais comme il est loin de l'homme conçu par le penseur qui se demandait à chaque instant : *que faire ?* et répondait toujours : *avant tout, son devoir !* Et si la loi ne punit pas l'homme, manquant à son devoir, cet homme est assurément coupable, d'après la conception morale du grand philosophe.

La liberté est un bien laissé à l'homme pour qu'il en profite à l'occasion des bonnes actions. Ce bien ne doit pas être conservé à celui qui en use pour faire le mal.

C'est encore à l'homme qu'il incombe de faire le départ entre les bonnes et les mauvaises actions. Sans cela, comment pourrait-il avoir la prétention de garder son titre d'homme ?

CONCLUSION

I

On a vu, par notre étude, combien l'abstention peut être variée dans les relations humaines. Tout manquement au « devoir de faire » — qui peut être imposé, nous l'avons montré, dans une foule de circonstances — peut constituer une faute d'abstention.

Commentant la théorie de M. Planiol, nous avons dit que l'abstention des autres ne convient pas toujours à l'individu. Créée pour permettre à l'individu de se maintenir dans le cadre de son activité, l'abstention s'est transformée en un droit. Or, l'usage de ce droit — nous croyons l'avoir démontré — peut se muer en un moyen de nuire, parce que l'inaction est quelquefois aussi nuisible que l'action.

Le devoir de faire peut se présenter sous plusieurs formes. Quand nous avons été obligés de passer de la culpabilité pour inaction à l'occasion d'un devoir social d'agir, à la culpabilité qui peut être encourue à cause d'un silence dolosif, nous avons voulu mettre en lumière le délit d'omission sous toutes ses formes. Prenant l'exemple théorique de « l'homme au milieu de la chaussée » nous avons montré qu'il y a une obligation d'agir imposée par des nécessités quotidiennes, puis nous avons analysé l'obligation d'agir imposée par l'usage ou les relations de voisinage par exemple ; nous avons

enfin tâché de mettre en évidence la responsabilité pour omission, telle qu'elle se présente, dans les relations humaines. En somme, l'abstention se manifeste dans des conditions aussi variées que l'action ; et voilà pourquoi nous étions obligés de l'envisager dans des cas divers.

Si parfois il semble exister un manque de relation entre les divers cas que nous avons passé en revue c'est que l'abstention peut se présenter, comme nous l'avons dit plus haut, sous divers aspects. Il en résulte donc que l'abstention étant diverse, le devoir de faire est divers aussi. Quand nous avons parlé de l'abstention à une règle générale de diligence pour passer par la suite à l'abstention — d'après nous fautive — qui peut exister dans un cas de refus de contracter, nous avons bien eu l'impression de la différence entre l'un et l'autre cas au point de vue de la responsabilité qui peut-être encourue ! Seulement dans les deux cas la faute est un manquement au même devoir qui est de ne pas s'abstenir chaque fois que la nécessité s'en impose.

Quand nous avons pensé à l'abstention, qui peut se présenter dans la sphère d'activité d'une personne, nous avons été obligés de la dégager là où nous l'avons trouvée. Nous répétons donc que, s'il ne semble pas y avoir de relation entre les divers chapitres qui se succèdent dans la première partie de notre travail, c'est justement à cause de la diversité des formes qu'emprunte l'abstention. La conclusion qui se dégage de chaque chapitre est qu'à chaque forme d'abstention s'oppose un devoir d'agir.

II

Là où le problème s'est présenté sous un point de vue plus complexe, c'est dans notre deuxième partie, où nous

avons étudié une forme d'obligation d'agir, considérée dans le Droit comme sortant de la sphère juridique d'une personne. Traitant le devoir moral d'agir, nous nous sommes trouvés aux prises avec une foule de difficultés.

Convaincus de la supériorité de la règle morale, nous l'avons adoptée en demandant son introduction là où elle manque d'une façon évidente. Comme nous l'avons montré, les juristes soutiennent que la loi ne demande pas aux hommes de faire du bien mais leur ordonne simplement de ne pas faire du mal ; nous nous demandons si vraiment là est le vrai devoir de la Justice. Dire qu'il suffit de ne pas faire du mal à quelqu'un pour avoir réalisé la Justice entre les hommes, c'est contester au Droit sa tendance humanitaire, car il ne faut pas oublier que l'humanité a un idéal auquel le droit ne doit pas rester étranger. Dans la lutte qu'on mène chaque jour pour rendre l'homme meilleur, plus juste, plus sensible aux souffrances de ses semblables, en un mot, dans cette tendance qui veut l'homme supérieur et qui est à la base de toute humanité, sera-t-il permis au Droit — instrument de réalisation pratique de la Justice — de rester étranger, indifférent ?

Quand nous avons adopté comme idée directrice de notre travail, ce principe qu'un juriste doit lutter pour faire pénétrer son idéal de justice dans sa sphère d'activité — si modeste que puisse être sa contribution — nous avons prévu que le principe que nous nous sommes proposés de défendre aura à lutter d'abord avec la tradition juridique. On fait intervenir tant de difficultés d'ordre juridique et technique, on tient tellement compte de ce fait que la « tradition » s'exprime autrement, que très souvent nous avons voulu abandonner notre tâche en confessant notre insuffisance. On cherche trop à nous convaincre que le Droit doit avoir un carac-

tère technique et positif pour que nous éprouvions du découragement au moment où nous engageons la lutte pour faire triompher une idée qui veut combattre cette tendance.

Combien de reproches nous sont réservés ! Combien de contradicteurs trouveront que nous manquons de technique juridique, que nous ne sommes pas assez positifs ! Combien d'autres enfin chercheront peut-être à réfuter nos propositions avant d'avoir écouté notre argumentation et cela parce qu'ils sont convaincus *d'avance* que nous n'avons pas raison ! Ils ont pour eux l'argument de la routine et de la tradition.

Mais si vives que soient les critiques des uns et les reproches des autres, nous sommes convaincus qu'il y a quelque chose qui ne peut pas être détruit et si de ce combat nous sortons vaincus, nous accepterons résignés tous les reproches et toutes les critiques, parce que nous sommes assurés que si la bataille est perdue pour le lutteur, son idéal reste debout.

A d'autres de reprendre la lutte ; l'idée qu'on défendra vaut bien quelques sacrifiés.

Vu le Président :

GEORGES RIPERT.

Vu le Doyen :

BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer, le Recteur de l'Académie de Paris :

Pour le Recteur :
l'Inspecteur d'Académie

MAURELLET.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITÉS, BROCHURES, THÈSES & COURS

- AUBRY et RAU. — **Traité de Droit Civil**, 4^e éd. T. IV, § 444, p. 723 ; p. 746 et 771 ; T. VI, § 626, note 18.
- BARRAULT (Jean). — **Essai sur le rôle du silence**. Dijon, 1912, p. 5.
- BATBIE (A.). — **Révision du Code Napoléon**. Paris, 1866, p. 1.
- BAUDRY (G.) et WAHL (A.). — **Droit Commercial**, t. III, n^o 3489-3490.
- BEIRNAERT (L.). — **L'assistance maritime**, p. 93.
- BEUDANT (C.). — **Le droit individuel et l'Etat**, p. 200.
- BENTHAM (J.). — **Traité du Code Civil**, II^e partie, ch. V, n^o 2.
- BINDING. — **Normen**, pages 48 et 49.
- BOUGLÉ (Ch.). — **Le solidarisme**, p. 76 et s.
- BOURGEOIS (L.). — **Philosophie de la solidarité**, p. 52.
- BRAMWELL. — **Torts**, p. 262.
- BUFNOIR (C.). — **Traité du code civil**, p. 628.
- BUQUET (L.). — **Edition de Pothier**, T. II, p. 57, note 2.
- BURI. — **Gerichtsaal**, 1878, p. 3.
- CAMPION (L.). — **La notion d'assistance en droit privé**, p. 53.
- CAPITANT (H.). — **Cours de droit 1926-27**, p. 50, 135, 136, 172 et 182.
- CHARMONT (J.). — **La renaissance du droit naturel**, p. 86.
- CICERON. — **De officiis**, T. I, p. 7 et 9.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — **Cours élémentaire**, 5^e éd., T. I, p. 2 et 685 ; T. II, 4^e éd., p. 275, 361, 377 et 675.
- COLMET de SANTERRE. — **Droit Civil**, p. 80.
- COMTE (Auguste). — **Politique positive**, T. II, p. 361.

- CORIELLO. — **Droit civil italien**, T. I., p. 342.
- COSACK (C.). — **Manuel sur le code civil**, p. 214.
- DELBOS (C.). — **Philosophie pratique de Kant**, T. VII, p. 359.
- DEMOGUE (R.). — **Traité des obligations en général**, I. Sources des obligations, T. I, p. 651 ; T. II, n° 623 ; T. III, p. 8, 31, 438 et s. ; T. IV, p. 8, 10 et n° 368 ; T. V, 285, 287, 295, 296 et 471.
- DEMOLOMBE (C.). — **Cours de droit Napoléon**, T. I, p. VI ; T. XVII, p. 544 ; T. XXXI, n° 65.
- DEMONTES (E.). — **L'action ad exhibendum en droit moderne** (thèse Paris 1922), p. 182.
- DOMAT (J.). — **Lois civiles**. Liv. 2, tit. 8, sect. 4, n° 8.
- DROISSET (A.). — **Essai d'une philosophie de la solidarité**, préface, p. X.
- DUGUIT (L.). — **Les transformations générales en droit privé depuis le code Napoléon**, p. 20 et s.
- DURANTON (A.). — **Cours de droit français**, les art. 1382 et 1383.
- EUDORE (FIRMEZ). — **De la responsabilité**, p. 67.
- FROMAGEOT (H.). — **De la faute comme source de la responsabilité**, p. 4 et 82.
- GAND (M.). — **Le délit de commission par omission**, thèse Paris 1900, p. 23, 102 et conclusions.
- GARÇON (E.). — **Code pénal annoté**, Liv. 3, art. 295, p. 671.
- GARRAUD (R.). — **Précis de droit criminel**, 14^e éd., p. 64.
- GARRAUD (R.). — **Traité de droit pénal**, III^e éd., T. I, n° 3 et 99.
- GÉNY (F.). — **Méthode d'interprétation**, 2^e éd., T. I, p. 36 et 38.
- GÉNY (F.). — **Science et technique**, T. II, p. 361.
- GIRARD (P. Fr.). — **Manuel de droit romain**, 4^e éd. Liv. III-IV, Tit. I, chap. I, p. 390 et 412.
- HEGEL. — **Leçons sur l'histoire de la philosophie**, t. IV, p. 292.
- HUC (Th.). — **Commentaire théorique et pratique du Code civil**, T. I, p. 165 ; T. V, p. 468 ; T. VIII, p. 451.
- IHERING. — **Culpa in contrahendo**, n° 16 et 21.
- IHERING. — **La lutte pour le droit**, p. 64.
- IHERING. — **L'évolution du droit**, p. 98 et s.
- JACOBS (V.). — **Droit maritime**, T. II, p. 995.

- JOSSERAND (L.). — **De l'esprit des droits et de leur relativité**, p. 5, 6, 119, 121.
- JOSSERAND (L.). — **Les Transports**, 2^e éd., n^o 335.
- KANT (I.). — **Critique de la Raison pratique**, traduction Barni, p. 13, 25 et 71.
- KÖNG. — **Abhandlungen**, Leipzig, 1855. T. IV, p. 30 et 211.
- LABORDE. — **Cours de droit criminel**, n^o 542, p. 351.
- LANDSBERG. — **Etudes pénales**, Fribourg, 1890, Conclusions.
- LAROMBIÈRE (L.). — **Commentaires**, art. 1382, 1383, n^o 6 et 7.
- LAURENT (F.). — **Principes de droit civil**, T. X, n^o 494 ; T. XX, n^o 389.
- LEGAL. — **La négligence et l'imprudence**, Thèse Paris, 1924, p. 113, 127 et 150.
- LEMOINE. — **Les règles de droit international maritime**, p. 240.
- LEVY-ULMANN (H.). — **L'étude du droit anglais et du droit anglo-américain**, p. 16.
- LISZT (F.). — **Traité de droit pénal allemand**, trad. française, p. 195.
- LISZT (F.). — **Deliktsobligationen**, p. 72.
- LOYSEL (A.). — **Institutions coutumières**, 6-1, n^o 5.
- LUDEN. — **Abhandlungen**, p. 474.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — **Cours de droit commercial**, IV^e éd., T. VI, n^o 1067.
- MARCADE (V.). — **Explication théorique et pratique du code civil**, 8^e éd., T. IV, p. 299.
- MASSÉ (G.). — **Droit commercial**, T. III, n^o 1511.
- MOLINIER (V.). — **Traité théorique et pratique de droit pénal**, T. II, p. 242.
- PASCAL (Bl.). — **Pensées**, art. 26, n^o 8.
- PIEDELIEVRE (R.). — **Cours de Droit civil approfondi professé à la Faculté de Droit de Paris**, 1925-1926, p. 160 et s. ; 254 et s.
- PLANIOL (M.). — **Traité élémentaire**, VI^e éd. T. II, n^o 2274, p. 711 ; 7^e éd. T. II, n^o 869, p. 273.
- PLANIOL (M.) et RIPERT G.). — **Traité élémentaire**, 10^e éd. T. II, p. 8, 10, 293, 353, 724, n^o 908.
- PLATON. — **Lois**, Liv. IV, 9.

- PROUDHON (J.). — **Droit d'usufruit, d'usage, etc.** T. III, 1489-1490.
- RAUTER. — **Traité de droit criminel**, T. I, n° 113, p. 209.
- RIPERT (G.). — **La règle morale dans les obligations civiles**, 1^{re} éd., n° 1, 6, 65 et 67, pages 7, 22, 29, 148, 152, 260 et 272.
- RIPERT (G.). — **La responsabilité dans les obligations de voisinage**. Thèse Aix 1901, p. 240 et s.
- RIPERT (G.). — **Droit maritime**, T. III, n° 2417.
- ROUSSEAU (J.-J.). — **Contrat social**, L. I, ch. IV, V et VII.
- SAINTELETTE (H.). — **Responsabilité et garantie**, p. 144.
- SALEILLES (R.). — **Les accidents du travail et la responsabilité civile**, p. 42 à 65.
- SALEILLES (R.). — **De la déclaration de la volonté**, n° 6, p. 54 et s.
- SALEILLES (R.). — **Théorie de l'obligation**, 1^{re} éd., p. 346.
- SAVATIER (R.). — **Des effets de la sanction du devoir moral**, Thèse Paris 1916, p. 23.
- SAVIGNY. — **Le Droit Romain**, Introduction.
- SCHOPENHAUER. — **Le fondement de la morale**, trad. Burdeau, p. 116.
- LE SELLYER. — **Traité de la criminalité**. T. II, n° 389, p. 49.
- SMEESTERS (C.). — **Droit maritime et fluvial**. T. II, p. 966.
- STAMBLER. — **Die Lehre von dem richtigen Recht**, éd. 1902, p. 489.
- SOURDAT (A.). — **Traité général de la responsabilité**, II^e éd., n° 662.
- TESSEIRE. — **Le fondement de la responsabilité**, Thèse Aix 1901, p. 45, 191 et s.
- THALLER(E.) et PERCEROU. — **Droit commercial**, p. 863.
- THÉRY. — Thèse Paris 1913.
- TOULLIER. — **Droit civil**, T. IV, p. 17.
- VALERY (J.). — **Contrats par correspondance**, p. 97 et s., p. 143.
- VALETTE (A.). — **Cours de code civil**. Paris, 1872, T. I, p. 35.
- VIDAL (G.). — **Cours de droit criminel**, éd. 1928, p. 126 et 129.

II. — ARTICLES, RAPPORTS & NOTES DE JURISPRUDENCE

- APPERT (G.). — Note S. 1911-1-329.
- APPLETON (P.). — Article *Rev. trimestrielle* 1912, p. 593.

- CAPITANT (H.). — **Rev. crit.** 1900, p. 237 et s.
- DEMOGUE (R.). — **Rev. trim.** 1926, p. 138 ; 1927, p. 422.
- DEMOGUE (R.) et LEPAULE. — **Rev. Trim.** 1924 (jurisprudences étrangères).
- FERRON (G.). — Note S. 1905-2-17.
- HAURIUO. — Note S. 1905-3-17.
- HÉMARD (J.). — Note S. 1902-2-305.
- JOSSERAND (L.). — Notes D. P. 1908-1-217 ; D. P. 1913-2-177 ; D. P. 1924-1-97 ; D. P. 1925-2-105.
- LEREBOURS P. — Article **Rev. Pénitentiaire** 1901, p. 716.
- LESSOUDIER. — Chronique **Rev. Trim.** 1904, p. 285.
- LEVY EM. — Article **Rev. critique** 1899, p. 361.
- MAYNIAL (E.). — Article **Rev. Trim.** 1902, p. 143 ; **Bulletin de la société d'et. législ.** 1923, p. 38.
- MOREL RENE-LUCIEN. — **Du refus de contracter** (Rev. Trim. 1908, p. 289).
- PACCHIONI. — **Rivista di diritto commerciale** 1906, I, p. 510.
- PERREAU (E.-H.). — Article **Rev. trim.** 1914, p. 481 et s.
- PEROZZI. — **Rivista di diritto commerciale** 1906, II, p. 23.
- PLANIOL. — Article **Rev. critique** 1905, p. 286 ; note D. P. 1896-2-457 ; D. P. 1906-1-113.
- POITTEVIN. — Note D. P. 1902-2-81.
- RIPERT (G.). — Article **Rev. critique** 1902, p. 138 ; Rapport **Bull. S. Et. lég.** 1921-II-283 ; article **Rev. jur. loc. aer.** 1923-253.
- SAEILLES (R.). — **Rev. trim.** 1907.
- SAVATIER (R.). — Note D. P. 1920-1-169.
- THALLER (E.). — **Bulletin de la Soc. d'étud. législ.** 1906, p. 31.
- VALÉRY (J.). — Note D. P. 1908-2-313.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Première Partie : L'ABSTENTION DANS LA SPHÈRE D'ACTIVITÉ D'UNE PERSONNE	
INTRODUCTION	7
CHAPITRE I : RESPONSABILITÉ POUR INACTION.	
SECTION PREMIÈRE	
1. — L'obligation d'abstention dans la théorie de M. Planiol.	9
2. — La passivité dans le droit réel.. .. .	12
3. — De quoi sont tenus les hommes dans leurs relations..	12
4. — Pourquoi la théorie de l'abstention n'a pas été acceptée en matière de droit réel, mais l'a été dans les relations en général	14
5. — Dans la vie courante, l'abstention des autres convient-elle toujours à l'individu ?	16
6. — Y a-t-il un moyen de punir la passivité fautive ?.. ..	18
7. — La méthode juridique et l'interprétation des textes..	20
8. — Entre la Morale et le Droit	24
SECTION II^e	
9. — L'abstention, conséquence d'un acte de volonté	27
10. — L'abstention involontaire.. .. .	30
11. — Difficulté de distinguer le mobile dans l'abstention..	32
12. — L'abstention en dehors d'une obligation d'agir.. ..	33
SECTION III^e	
13. — Le délit d'omission dans le cadre de la responsabilité civile.. .. .	36
14. — L'abstention dans le Droit Romain	37
15. — L'abstention dans la Doctrine et la Jurisprudence françaises.. .. .	38
16. — Difficulté de trouver un criterium et une définition de la faute.. .. .	41
17. — Quand peut-on parler d'une faute d'abstention ?	43

TABLE DES MATIÈRES

325

	Pages
17 bis. — Critique du délit et du quasi-délit d'omission	44
18. — La classification des fautes d'abstention	53

CHAPITRE II : L'ABSTENTION PURE ET SIMPLE.

SECTION PREMIÈRE

19. — Obligation légale d'agir	55
20. — Le mouvement de l'homme imposé par les nécessités de la vie en société	57
21. — Le devoir de faire, conséquence d'un intérêt social..	59
22. — L'usage obligatoire.	61
23. — Devoir d'agir pour la victime d'un accident.. ..	63
24. — La cause dans l'omission	65
25. — Devoir d'agir pour éviter un dommage à autrui : les divers cas qui peuvent se présenter.. .. .	69
26. — De l'obligation qui n'existe pas dans un texte de loi ou un contrat	72

SECTION II^e

27. — L'obligation de faire dans les rapports de voisinage..	74
28. — On parle d'abus de droit au lieu d'établir la responsabilité pour inaction.. .. .	77
29. — Le caractère de la responsabilité d'un propriétaire qui laisse faire la nature : le problème du risque et la conception jurisprudentielle de la faute.. ..	78

CHAPITRE III : DU DEVOIR DE PARLER.

30. — Le silence, une des formes de l'abstention.. .. .	84
31. — Responsabilité pour silence : théories de MM. Valéry et Demogue.. .. .	85
32. — Des cas où la Jurisprudence assimile le silence à la parole.	86
33. — Y a-t-il dol par silence ?.. .. .	90
34. — Ce qu'on peut dégager de la Jurisprudence.. .. .	92
35. — L'opinion de M. Saleilles	93
36. — Les articles 1645 du C. Civ. et 348 du C. Com.	96
37. — Le caractère de la réticence dans les assurances d'après la Doctrine et la Jurisprudence.. .. .	96
38. — L'intérêt d'agir.	101

CHAPITRE IV : L'ABSTENTION DANS L'ACTION.

SECTION PREMIÈRE

39. — L'obligation légale de diligence et de prudence	103
---	-----

	Pages
40. — La règle légale générale a-t-elle toujours un caractère négatif ?.. .. .	104
41. — La diligence parfaite.. .. .	106
42. — La Cour de Cassation contrôle le caractère d'une faute.	108
43. — Le type imposé par les nécessités de la vie.. .. .	109
44. — On est coupable, non parce qu'on a agi, mais parce qu'on a omis de prendre les précautions nécessaires.	109
45. — La diligence requise est en rapport avec les circonstances ; seule l'omission dommageable attire la responsabilité	111
46. — Les précautions qu'on s'est abstenu de prendre d'après la Jurisprudence.. .. .	115
47. — La responsabilité des professionnels pour omission. ..	118
48. — L'abstention au devoir de diligence dans les législations étrangères.	129

SECTION II^e

49. — Les clauses de non-responsabilité.. .. .	134
50. — La diligence est pour une société une nécessité qui tient de l'ordre public.. .. .	135
51. — La critique du système actuel des assurances.. .. .	137

CHAPITRE V : REFUS DE CONTRACTER.

SECTION PREMIÈRE

52. — L'abstention de ceux qui exercent en vertu d'un monopole	144
53. — Le motif légitime.. .. .	149
54. — Des cas où l'abstention n'est pas licite même si elle est motivée	149
55. — La période précontractuelle	153
56. — L'abstention qui constitue un abus.. .. .	154
57. — L'abstention en conflit avec les lois.. .. .	157
58. — Le refus d'embauchage et le refus de vendre.. .. .	159
59. — La nature de la faute dans le refus de contracter.. ..	162
60. — La question de la preuve	165
61. — Le refus d'admission dans un syndicat.. .. .	168

SECTION II^e

62. — Les besoins de l'homme et l'abstention des individus..	171
63. — La question du contrat de confiance dans le refus du médecin	173
64. — Quelques contrats d'adhésion	174
65. — Des abstentions immorales	178

**Deuxième Partie : L'ABSTENTION EN DEHORS
DE LA SPHERE D'ACTIVITE D'UNE PERSONNE :
LE DEVOIR MORAL D'AGIR**

CHAPITRE I : UN DEVOIR JURIDIQUEMENT INCOMPLET.

66. — L'omission dont on n'est pas juridiquement respon- sable.. . . .	187
67. — La règle morale restée en dehors du droit.. . . .	190
68. — La difficulté pour une règle morale de pénétrer dans le droit positif	193

**CHAPITRE II : L'OMISSION ENVISAGEE AU POINT DE VUE
PENAL.**

69. — Des exemples d'abstention fautive.. . . .	197
70. — Le délit de commission par omission discuté au point de vue causal en Allemagne.. . . .	201
71. — La causalité d'après MM. Tesseire et Piédelièvre	205
72. — Les opinions dans la Doctrine pénale française.. . . .	209
73. — A quel moment le délit d'omission a été mis en évi- dence en France : l'affaire Meunier et la loi du 19 Avril 1898.. . . .	213
74. — La loi ne punit pas la pensée... .. .	216
75. — Les théories : objective et subjective sur l'abstention..	217
76. — L'interprétation de l'omission dans la conception fran- çaise et allemande	219

**CHAPITRE III : L'ASSISTANCE DANS SES APPLICATIONS PO-
SITIVES.**

SECTION PREMIERE

77. — L'obligation d'agir en faveur d'un autre : action « ad exhibendum » ; le témoignage	222
78. — L'expropriation d'un droit pour utilité particulière.. . .	226
79. — De la nature de l'obligation d'assistance : il s'agit d'un débiteur et d'un créancier d'un tout autre ordre.. . .	227

SECTION II^e

80. — L'assistance maritime.. . . .	231
81. — L'application pratique de ce principe.. . . .	235
82. — Les appréciations de la Doctrine à l'égard des actes louables	238
83. — L'évolution de la Jurisprudence : l'application du prin- cipe de la « gestion d'affaires ».. . . .	240
84. — Des arrêts de la Jurisprudence où on retrouve l'esprit individualiste.. . . .	244

CHAPITRE IV : L'ASSISTANCE POSITIVE DANS QUELQUES LEGISLATIONS

85. — Une nouvelle voie dans la jurisprudence américaine..	249
86. — L'abstention : acte contre les bonnes mœurs dans la jurisprudence allemande	250
87. — L'article 2368 du C. Civ. portugais et autres applications positives de l'idée d'assistance	252

CHAPITRE V : LES DOCTRINES FAVORABLES EN FRANCE A L'IDEE D'ASSISTANCE OBLIGATOIRE.

88. — Les discussions dans la Doctrine française	261
89. — La conception de M. Ripert sur le devoir social.. .. .	262
90. — Les opinions de M. Demogue.. .. .	264

CHAPITRE VI : LA LIBERTÉ CONTRAIRE A LA MORALE.

91. — Le droit est conçu aujourd'hui d'une façon relative ..	267
92. — L'individu et ses droits dans le C. Civ. français	272
93. — La règle morale limitant la liberté individuelle.. ..	273
94. — L'intention de nuire dans l'abstention.. .. .	275
95. — L'abstention contraire au commerce juridique.. .. .	279

CHAPITRE VII : UN ARTICLE QUI S'IMPOSE DANS LA LOI.

96. — L'article que nous proposons	281
97. — Quelques remarques sur le pouvoir laissé au juge.. ..	284
98. — La nécessité de faire appel au principe de la « gestion d'affaires »	287
99. — Quelques réserves qui s'imposent	292
100. — Les précautions contre l'immixtion à tout prix	294

CHAPITRE VIII : LE DEVOIR DE L'INDIVIDU PAR RAPPORT A L'ORGANISME SOCIAL

101. — Entre les deux extrêmes : l'échange des obligations..	297
102. — Quel est la liberté qui perd l'homme si on admet notre principe ?	300
103. — Les devoirs de l'individu dans les diverses conceptions sociales et philosophiques.. .. .	303
CONCLUSION	315
BIBLIOGRAPHIE	319
TABLE DES MATIERES	324

